PROXIMAMENTE:
"BEYOND LAW"
An international journal
of alternative legal services
throughout the world.
In pursuit of the transformative
power of alternative legal practices.

EL OTRO DERECHO

TEMIS
ILSA INSTITUTO LATINOAMERICANO DE SERVICIOS LEGALES ALTERNATIVOS

4 NOVIEMBRE DE 1989

PREMIACION DEL CONCURSO LATINOAMERICANO

- Derechos humanos y marxismo
- La razón en el mundo de la praxis jurídica
- Violencia moral y orden jurídico en "Crónica de una muerte anunciada"
- Educación en derechos humanos

Hernando Carrizosa


TEMIS
ILSA

Nº 4 Noviembre de 1989

El Otro Derecho es una revista coeditada por TEMIS S. A. y el Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA.

Director:
Fernando Rojas

Consejo Editorial:
Imelda Gutiérrez C.
Pablo Emilio Angarita
Gustavo Gallón G.
Germán Palacio
Eduardo Rodríguez
Víctor M. Moncayo
Manuel Jacques (Chile)
Luis Chirinos (Perú)
Valdemar de Oliveira (Brasil)

ILSA Junta Directiva
Elizabeth Sussekind
Elsie Monge
Dennis Lynch
Fernando Rojas
Frederick H. Zemans
Gerard Pierre Charles
Manuel Jacques
Valdemar de Oliveira
Ramón Custodio

Equipo ILSA - Bogotá
Margarita Flórez
Amparo Rojas
Gloria Torres
Eduardo Rodríguez
Germán Palacio
María José Barney

Coordinación
Margarita Flórez
Marta Rojas

Carátula:
Hernando Carrizoza

Fotomecánica e Impresión:
Editorial Nomos Ltda.

ILSA: Calle 61 Nº 3-20
Tel.: 249 01 29
Télex: 42072
A.A. 077844
Bogotá - Colombia

El interés por la razón en el mundo de la praxis jurídica

Interpretación crítica de la incidencia práctica de las tentativas de formular lo jurídico en términos científicos y propuesta.

Segundo puesto

Juan Gabriel Gómez Albirello

Estudiante de Derecho Universidad Externado de Colombia-Bogotá.

El objeto del presente trabajo es el examen crítico de las tentativas de formular el saber jurídico en términos científicos y la presentación de una propuesta en este sentido. Para ello se elaboró un marco de interpretación en el que se articula la dimensión teórica de este saber con su dimensión práctica a partir del concepto de interés. Se afirma que es un interés práctico el que determina la constitución del saber teórico que pretende mediante la investigación y comprensión de lo jurídico, orientar la praxis del jurista en la resolución de conflictos.

Desde esta doble dimensión se problematizan los presupuestos teóricos que se asumen para fundar esta ciencia y que se han traducido en la intención de controlar las operaciones —los juicios de valor— que realiza el jurista en el momento de interpretar y aplicar el derecho; asimismo se critica la forma en que tales presupuestos determinan la capacidad práctica de tal teoría para elaborar mediaciones racionales en el ámbito de los conflictos de interés. Como punto de referencia fundamental, se acude al concepto que Habermas elaboró para el contexto comunicativo: es racional la regla asumida desde un consenso no deformado por la violencia.

Se examinan las tentativas del positivismo jurídico en su versión normativista y de la hermenéutica jurídica. La crítica condujo al cuestionamiento del criterio instrumental formal del primero y de la intención de resolver el

conflicto asegurando el consenso de los sujetos, mediante la comprensión de sentido de textos vinculantes de la segunda. Si bien se recupera esta intención atendiendo al sentido del derecho —resolver los conflictos mediante el consenso y reduciendo el uso de la fuerza a última expresión— se crítica en tanto no se atiene a la deformación ejercida por una lógica de la dominación opuesta en marcha por estructuras sociales que permanecen a espaldas de los sujetos.

Finalmente se esboza un proyecto de Ciencia Jurídica que se atiene a la conscientización de tales estructuras mediante los análisis sociales, remitiéndolas al contexto comunicativo en el cual pueden ser criticadas públicamente e invalidadas ante las situaciones de conflicto. Este ejercicio es entendido como tarea reflexiva en el que teoría y praxis vuelven a encontrarse articuladas por el interés práctico ya enunciado, asumiendo una dirección explícitamente emancipadora.

O interesse pela razão
no mundo da praxe jurídica

O objeto do presente trabalho é o exame crítico das tentativas de formular o saber jurídico em termos científicos e a apresentação de uma proposta nesse sentido. Para isso, elaborou-se um marco de interpretação no que se articula a dimensão teórica desse saber con a sua dimensão prática, a partir do conceito de interesse. Afirma-se que é um interesse prático o que determina a constituiçao do saber teórico que pretende, mediante a pesquisa e a compresão do jurídico, nortear a praxe do jurista na resolução dos conflictos.

Desde essa dupla dimensão problematizam-se os pressupostos teóricas que têm-se asumido para fundar essa ciência e que têm-se traduzida na intenção de controlar as operações- o juízos de valor- que realiza o jurista no momento de interpretar e aplicar o direito; porém, critica-se a forma em que tais pressuposto determinam a capacidade prática de tal teoria para elaborar mediações racionais no âmbito dos conflitos de interesse. Como ponto de referência fundamental, acude-se ao concerto que Habermas elaborou para o contexto comunicativo: é racional a regra assumida desde um senso não deformado pela violência.

Examinem-se as tentativas do positivismo jurídico em sua versão normativista e da hermenéutica jurídica. A crítica conduziu ao questionamento do criterio instrumental formal do primeiro e da intenção de resolver o conflito segurando o consenso dos sujeitos, mediante a compresão de sentido de textos que encontram-se vinculados da segunda. Se bem recupera-se esta intenção (atendendo ao sentido do direito de resolver os conflictos mediante o consenso e reduzindo o uso da força à última expressão) critica-se em tanto não se atem à deformação exercida por una logica da dominação posta em marcha pelas estruturas sociais que permanecem de costas aos sujeitos.

Finalmente, esboça-se um projeto de ciência juridica que atem se à concientização de tais estruturas mediante as análises sociais, remetendo-as ao contexto comunicativo no qual podem ser criticados públicamente e invalidadas perante as situaçoes de conflicto. Este exercício é entendido como tarefa reflexiva no que teoria e praxe voltam a se encontrar articuladas pelo interesse prático já enunciado assumindo uma direção explicitamente emancipadora.

The interest for the reason in the world
of the juridical praxis

The object of the present work is a critical examination of the attempts to formulate juridical knowlédge in scientific terms and the presentation of a proposal in this regard. In order to do this a framework for interpretation was drawn in which the theoretical dimension of this knowledge with its practical dimension is stated. The author states that a practical interest is that determines the make-up of theoretical knowledge that attempts through research and comprehension of juridical matters, to orient the praxis of the jurist in the resolution of conflicts.

From this double dimension, the theoretical presuppositions that are assumed in order to found this science and that have been translated into the intent to control operations —value judgements— that the law are problematized; likewise, the form in which said presuppositions determine the practical capacity of said theory for making rational mediations in a conflict of interest environment are criticized. As a fundamental point of reference, the concept that Habermas drew up for the communicative context: the rule assumed from a consensus not deformed by violence is rational, is used.

The attempts by juridical positivism is examined in its normative version and from juridical hermeneutics. The criticism led to the questioning of the formal instrumental criteria of the first and of the intent to resolve the conflict by gaining a consensus of the subjects through comprehension of meaning of texts linked to the second. If this intent is recuperated by following the meaning of the law to resolve conflicts through consensus and reducing the use of force as a last resort, this is criticized because it does not take into account the deformation exercised by a

logic of domination set about by social structures that remain unknown to the subjects.

Finally, a project for a judicial science is set out that holds to the conscientization of said structures through social analysis sending them to a communicative context in which they can be publicly criticized and invalidated in conflict situations. This exercise is understood as a reflexive task in which theory and praxis once again find themselves articulated by the practical interest stated earlier taking on an explicitly liberating direction.

Introducción

El tema de este ensayo es el análisis de los problemas que el planteamiento y la fundamentación del saber jurídico como conocimiento científico han suscitado en cuanto a la forma como a partir de tales planteamientos ha quedado determinado en el sentido de la praxis jurídica dentro de la sociedad. Nuestra reflexión se moverá en la esfera de la discusión filosófica sobre los problemas que envuelve el conocimiento de la realidad social, para apuntar hacia la apertura de una nueva dimensión crítica de la praxis jurídica como elemento de transformación de la sociedad.

Creemos que la tarea de fundamentar como científico el conocimiento de lo jurídico no ha dejado de ser problemática, en primer lugar, porque en este empeño se ha asumido toda una serie de presupuestos, no reconocidos explícitamente, que determinan no solo la investigación y comprensión de lo jurídico, sino también el sentido de la propia praxis jurídica. Esos presupuestos han llegado a convertirse en enunciados o reglas de enunciados, a manera de paradigma de la ciencia, paradigma que se caracteriza por fundamentar la selección de problemas a partir de una determinada concepción y de asegurar, dentro de ella, el criterio que permita su posible resolución[1]. Determinan la praxis en el momento en que las reglas de conocimiento, pasan a ser reglas de acción.

En segundo lugar, pensamos que si bien el proyecto de fundamentar científicamente lo jurídico aparece en una dinámica determinada por encontrar en la racionalidad de la ciencia un criterio de legitimidad para la dominación, pensamos que tal proyecto también obedece a un interés práctico ligado a la necesidad de establecer un control público sobre las operaciones que todo intérprete realiza en el momento de aplicar el derecho. En efecto, el conocimiento científico se caracteriza porque sus enunciados no están respaldados sin más como verdaderos, sino porque su validez depende de que podamos alcanzar sobre ellos un consenso no coactivo y permanente[2]. Es decir, las afirmaciones contenidas en tales enunciados están sujetas a verificación en la realidad mediante un proceso controlado por la comunidad de sujetos que intervienen en la investigación. Este interés nos proporcionará el criterio para medir las tentativas de formular lo jurídico en términos científicos y su éxito en la misión de controlar las operaciones del jurista en el momento de interpretar y aplicar el derecho. Señalamos de una vez el contexto de este interés práctico. No vale por sí mismo. Está ligado a otro interés, a la necesidad de establecer una mediación racional de los conflictos dentro de la sociedad. El interés científico por el derecho se entiende como la inclinación a establecer mediaciones racionales en la resolución de los conflictos y a controlar las operaciones de quien aplica el derecho. Por eso creemos que la dinámica de legitimación de la dominación por

[1] *KUHN, THOMAS,* La estructura de las Revoluciones Científicas *(séptima reimpresión), México, Fondo de Cultura Económica, 1984.*

[2] *HABERMAS, JURGEN,* Conocimiento e interés *(primera edición), Madrid, Taurus Ediciones, 1982, pág. 97.*

la ciencia puede ser quebrada en el momento en que este interés práctico es erigido como marco de interpretación de tales tentativas, midiendo la capacidad que proporciona al jurista cada modelo de ciencia en su tarea de establecer mediaciones racionales, y en tanto este interés práctico se articula con otro de carácter específico: el interés por la emancipación.

En la elaboración de este ensayo hemos escogido fundamentalmente dos modelos de ciencia para analizar: el modelo positivista (tomado de las ciencias naturales) en su versión normativista[3] y el modelo de ciencia hermenéutica, para, después de haberlos criticado, pasar a la formulación de un nuevo proyecto de praxis jurídica, derivada de una nueva comprensión del sentido y la función del derecho dentro de la sociedad. Fundamentamos nuestra elección en la creencia de que es el modelo positivista de ciencia jurídica el que ha predominado no solo en el medio académico sino en toda la esfera de la praxis jurídica, y que es desde la ciencia hermenéutica desde donde, en el seno de la teoría jurídica y enfrentada a los problemas prácticos que esta quiere resolver, se ha lanzado una crítica valiosa al positivismo. Polemizar con la hermenéutica, cuando no ha sido ella la única ni la mejor crítica al positivismo, obedece a la necesidad de seguir polemizando con la teoría jurídica hasta tanto un nuevo modelo de ciencia se erija como capaz de resolver los problemas teóricos y prácticos que aquel no pudo resolver y por lo tanto, ofrece a los juristas una nueva comprensión y pauta para la ación. Por ello nuestra secuencia en los análisis será la siguiente: una exposición sucinta del proyecto teórico y práctico de cada modelo de ciencia; un examen crítico de sus presupuestos y de su capacidad práctica para controlar las operaciones del jurista; y una consideración final, en la que asumiremos unos nuevos presupuestos teóricos, con miras a la transformación de la praxis jurídica como actividad comprometida con la emancipación de la sociedad.

Podemos anticipar que el proyecto positivista, sobre todo en su formulación kelseniana, suponía que aquel control público se alcanzaría regulando la autoproducción del derecho, estableciendo un criterio de racionalidad formal. Creemos que el fracaso de esta tentativa radica en su propia autolimitación: una racionalidad formal pierde de vista todo lo que pretende controlar: las decisiones políticas. El proyecto de la hermenéutica jurídica viene dado —pensamos— como superación de tales limitaciones. La operación de comprensión de sentido está en función del acuerdo de los sujetos, en cuanto comprensión de un texto vinculante —el derecho—. En la medida en que esta

[3] *Como lo ha señalado entre otros* NORBERTO BOBBIO, *en el estudio que se cita más adelante, el positivismo dentro de la teoría jurídica no se agota en su versión normativista. Positivista son también los durkheimianos y la 'jurisprudencia sociológica' del 'realismo' norteamericano. En adelante, siempre que nos refiramos al positivismo, lo estaremos haciendo de su vertiente normativista. Una reseña de estas escuelas se encuentra en* CARBONNIER, JEAN, Sociología jurídica *(primera edición), Madrid, Editorial Tecnos, 1977, pág. 66.*

operación fuese científica, toda decisión jurídica estaría controlada públicamente. El proyecto tropieza con dificultades que no puede resolver porque no las plantea: las que provienen de la determinación política del significado de las expresiones lingüísticas en que aparecen los criterios normativos, determinaciones que permanecen inconscientes, en cuanto responden a valoraciones impuestas a espaldas de los sujetos y cuya legitimidad está proporcionada ideológicamente. El proyecto que aquí se propone es hacer evidentes tales valoraciones mediante una labor reflexiva que apunte al desmantelamiento de legitimaciones que están en función de una dominación política, para racionalizar las reglas que regulan el comportamiento de los individuos en una sociedad. Tal racionalidad es la que proporciona un consenso alcanzado en una comunicación no deformada por la violencia.

I. En el camino de la ciencia

1. El intento de los positivistas.

El positivismo jurídico, en su más acabada versión —la Teoría Pura del Derecho—, ha proporcionado a los juristas la comprensión de su práctica dentro de la sociedad a partir de una serie de premisas asumidas a modo de presupuestos científicos. De allí deriva la pretensión, que nosotros estimaremos aquí, en primer lugar, de que su práctica se limita a una tarea técnica dentro del ámbito normativo, con exclusión de cualquier consideración valorativa, ya que esta equivale a una ilegítima intromisión de la política en los terrenos de la ciencia y, en segundo lugar, que esa práctica está controlada públicamente por un criterio racional que proporciona la misma ciencia. Lo que nosotros pretendemos aquí es emprender una crítica a todos los presupuestos asumidos en el intento de fundamentar el saber jurídico como conocimiento científico, en tanto han reducido la tarea del jurista a una actividad meramente instrumental. La primera tarea del jurista como científico es, para el positivismo, la de determinar precisamente su objeto como un conjunto de hechos, por entero distintos de los juicios de valor que se puedan realizar sobre ellos. En esa medida, toda consideración debe estar dirigida al conocimiento del derecho real, existente en una sociedad, antes que a la determinación de un derecho ideal. Así, los positivistas han condenado las reflexiones de tipo iusnaturalista como especulaciones vacías de contenido, pero han perdido por esa vía la pregunta por el sentido del derecho que los iusnaturalistas hacían.

Ellos, sin embargo, no se han preocupado mucho del asunto, pues creen que la investigación fáctica del derecho no puede ni debe proporcionar criterios éticos para la justificación o crítica de esos hechos.

Y ¿cuáles son estos hechos que la ciencia conoce? Fundamentalmente, las "normas creadas por individuos que tienen

la calidad de órganos o sujetos del orden jurídico"[4]. Los hechos que estudia la ciencia jurídica son normas —y los actos por los cuales son creadas estas normas— que tienen relevancia para esta ciencia en cuanto posean la validez que les ha asignado una norma superior. La ciencia jurídica, en realidad, reconoce solo la existencia de las normas que han sido creadas por el Estado, pues únicamente estas han sido creadas de acuerdo con un precepto superior que determina la forma en que deben ser producidas y, norma de una manera más relativa, el contenido de tales normas. Al usar el criterio de validez para determinar cuáles son las normas existentes, la ciencia jurídica se ve obligada a buscar una norma fundamental en la que repose la validez de todas las normas, pero señala que mientras se puede examinar la positividad de todas las normas, esta norma fundamental es supuesta, es decir, tiene el carácter de una hipótesis necesaria que no se puede comprobar empíricamente.

De otra parte, estas normas han sido consideradas como la formulación de un deber ser que tiene el carácter de mandato, en el que a una conducta prevista se le asigna una sanción. La relación entre estos dos términos, previsión normativa y sanción, es una relación eminentemente lógica y es equivalente a la relación de causalidad existente entre un fenómeno y otro en el mundo de la naturaleza. Tal relación es la que describe la regla de derecho como imputación. Sin embargo, advierten los positivistas, la sola lógica no da cuenta de qué son las normas jurídicas. Es preciso examinar su contenido. Tal contenido, que las diferencia de otro tipo de normas como las morales, es la coactividad, esto es, la capacidad para imponer la sanción prevista mediante el uso de la fuera. Por eso es por lo que los positivistas consideran el derecho, antes que nada, como la organización del uso de la fuerza dentro de la sociedad. Así, e indiferente ante los fines que se puedan perseguir con las prescripciones contenidas en las normas, el positivista considera al derecho como un medio, como una "técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener"[5]. En función de estos presupuestos podemos traer aquí a cuento la caracterización que hizo EHRLICH de cómo este jurista positivista ve su praxis orientada por tres principios: "1) toda decisión judicial [agreguemos aquí: toda decisión jurídica] presupone siempre una regla preexistente; 2) esta regla preexistente está dada siempre por el Estado; 3) el complejo de las reglas dadas por el Estado constituye una unidad"[6], y cómo esta praxis puede reducirse a una tarea lógica de tipo técnico, destinada a establecer la conformidad de unos hechos dentro de una previsión normativa o la conformidad de una norma con otra superior que determina su forma y su contenido.

[4] *HANS KELSEN*, Teoría pura del derecho. *(Decimosexta edición), Buenos Aires, Eudeba, 1979.*
[5] *Ibidem, pág. 74..*
[6] *NORBERTO BOBBIO*, El problema del positivismo jurídico. *(Primera edición), Buenos Aires, Eudeba, 1965, pág. 44.*

2. Los hechos son todavía un misterio

El fracaso de este modelo de ciencia (traspuesto del estudio de los fenómenos físicos al estudio de los fenómenos sociales) es doble: de una parte, teórico; de otra parte, práctico. En esta sección nos empeñaremos en demostrar por qué. En primer lugar, ese fracaso está determinado por tomar el objeto como un dato ya dado. Esta ciencia jurídica confunde el derecho real con el conjunto de normas producidas por el Estado. Ha hipostasiado para la ciencia un hecho histórico: la monopolización del poder de producción jurídica llevada a cabo por el Estado moderno[7]. En segundo lugar, desconoce el carácter complejo del fenómeno que estudia. Esa complejidad ha sido señalada, de una parte, como la ambigüedad del derecho moderno. En efecto, "visto desde la esfera moral o ideal, aparece como algo positivo y sólo como una positividad puede duraderamente separarse de aquella; visto, en cambio, desde la esfera económico-material, aparece como un ordenamiento económico de la realidad y, en consecuencia, como una esfera ideal". Esta ambigüedad del derecho moderno es la que remite sin duda al problema de "si es posible que esta duplicidad del fenómeno jurídico devenga objeto de ciencia positiva y real, y en consecuencia, objeto de un órgano de indagación que comporta tanto la tipicidad, la generalidad, las hipoteticidad y la idealidad, como la particularidad, la facticidad y la realidad objetiva"[8]. Al positivismo es todavía posible dirigirle el reproche de que al limitar el estudio a un campo aislado de fenómenos, se le escapa la comprensión de estos en cuanto aparecen desligados de la totalidad que les da sentido. Reduce el estudio del derecho a uno de sus momentos, la norma, y se les escapa su configuración como estructura social funcionalizada por determinadas relaciones sociales. El carácter problemático de haber desligado el estudio del derecho de la comprensión del proceso social que lo determina, se manifiesta en la incapacidad del enfoque positivista para explicar su objeto. Consideramos las antinomias en que incurre KELSEN.

Como ya lo habíamos anotado, el criterio para distinguir las normas jurídicas de todo otro tipo de normas, es el de validez. Tal criterio reposa en la consideración de que una norma fundamental, le confiere validez a todas las otras normas que integran el orden jurídico y que tal norma tiene el rango de hipótesis, de supuesto fundador del orden jurídico. "Así, pues, como fundamento de la sistemática de las normas hay un criterio de validez formal que se resuelve en un mero convencionalismo, pero que en el curso del análisis revela en qué medida la informalidad es un ingrediente indispensable del derecho, y que, por lo general, relegarla cuando se efectúa la construcción de las categorías jurídicas, comporta sólo el reproducir en cuanto fundadora del derecho la naturalidad de la fuerza o la idealidad del principio ético". La cuestión es que la norma fundamental es incluída

[7] *Ibidem, pág. 45.*
[8] *UMBERTO CERRONI*, Marx y el derecho moderno. *(Primera edición), México, Editorial Grijalbo, 1975, pág. 24.*

en la comprensión del orden jurídico como hecho determinante de este mismo orden, y en esta medida el derecho, en cuanto ordenador de la realidad, resulta ordenado por este hecho y pierde su carácter autónomo. Esta cuestión encierra dos problemas: el primero, que no es posible explicar el derecho a partir del derecho mismo, pues tal explicación debería comprender, a su vez, la comprensión del hecho determinante en tanto norma fundamental. Y si el positivismo siguiera en su empeño de no introducir ningún elemento extraño al derecho en la teoría jurídica, nunca logrará comprender a cabalidad su objeto. El segundo problema reside en que, mientras se siga asumiendo la norma fundamental como hipótesis, como norma supuesta —no positiva—, los hechos absorbidos en ella resultarán ser un hecho valorado, un hecho elevado al rango de deber ser, con lo que por vía de una argumentación depurada de los análisis sociales, se llega a legitimar toda una serie de relaciones sociales, elevándolas al rango de criterio ordenador de la vida social[9]. Esta antinomia es la misma que se revela en el momento en que KELSEN, después de haber tomado el criterio de validez como el fundamental para determinar su objeto, las normas jurídicas, subrepticiamente introduce un nuevo criterio: el de eficacia. Esto se evidencia cuando el propio KELSEN señala: "Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean en cierta medida conformes a este orden"[10]. Con esto, la ciencia jurídica se agota en la consideración de cómo un conjunto de relaciones sociales está impuesto y respaldado por la fuerza del Estado, fuerza cuyo uso y organización dependen del derecho. De ahí que los positivistas no pueden contestar a la objeción de que el derecho, en su perspectiva, solo consiste en fuerza pura y simple"[11].

Una tercera crítica podemos dirigir aquí al positivismo en cuanto a su manera de postular a la ciencia del derecho como una teoría que comprende un conjunto de hechos, comprensión que se realiza al precio de eliminar todo juicio de valor. Este postulado es el que aducen los positivistas en el momento de separar la ciencia de la política. Su formulación —que la sociología y el positivismo jurídico deben a WEBER— tiene por misión garantizar la objetividad científica mediante la eliminación de la concepción finalista del universo, en la que juicios de valor y juicios de hechos se confunden. Este postulado ha resultado ser falso en la medida en que el propio WEBER había admitido que los juicios de valor intervienen en la elección y construcción del objeto. El sin embargo, creía que era posible estudiar los hechos objetivamente, pues los elementos eliminados por ese juicio de valor carecerían de importancia. GOLDMANN ha reprochado a WEBER esta consideración como errónea, puesto que "los elementos elegidos determinan de antemano, el resultado del estudio. Como los valores no son ...los de nuestra sociedad, sino los de tal o cual clase social, lo que una perspectiva elimine como no esencial puede ser, por el contrario, muy importante para otra. Además WEBER habla siempre de no esencial o insignificante; pero también existen los elementos de la realidad, esenciales para la existencia de una clase, pero cuyo estudio público e incluso científico se opone a sus intereses"[12]. Entonces podríamos impugnar los juicios de valor realizados por el positivismo al momento de fijar como objeto de la ciencia jurídica el estudio de las normas jurídicas a partir del criterio de validez y, en forma secundaria del de eficacia. Tales juicios encubrirán para nosotros la intención de una clase de introducir un criterio científico que le proporcionará, a través del derecho, mejores medios de preservar su dominación y, de otro lado, la introducción de la ciencia como instrumento de legitimación de esa dominación, al justificar una ciencia y una praxis como puramente jurídicas. Consideraríamos entonces como vital para las clases dominantes efectuar juicios de valor que condujeran la investigación jurídica hacia un terreno en el que se pusiera de manifiesto el carácter del derecho de instrumento de dominación de clase y apuntara a la reconstrucción de las categorías jurídicas en función de la emancipación de la sociedad. Aquí, sin embargo, queda pendiente el problema de medir la pretensión de objetividad de cada perspectiva, pues toda investigación estaría mediatizada por intereses de clase y no habría un criterio racional para examinar la validez de estas tentativas. Después de esta consideración, resulta evidente que el problema teórico de la neutralidad valorativa se convierte necesariamente en un problema práctico. Por eso, inmediatamente, mediremos la pretensión del positivismo de orientar la praxis jurídica científicamente.

Como lo afirmamos en la introducción, creemos que esta pretensión está ligada a un interés práctico: controlar las operaciones del intérprete al momento de aplicar el derecho. Esta pretensión se cristaliza en la comprensión del derecho como un conjunto de normas jurídicas que guardan entre sí una relación jerárquica de dependencia, relación que obedece al criterio formal de validez y concibiendo la praxis del jurista dentro de los términos de la lógica. No podemos olvidar el contexto de esta pretensión. La burguesía quería asegurar la protección de los derechos individuales y el cumplimiento de la ley como expresión de la soberanía nacional, sometiendo al intérprete a realizar una tarea mecánica. Sólo así sería posible controlar al intérprete deseoso de tergiversar el sentido de las expresiones normativas o de desconocer tales expresiones apelando al recurso de una justicia natural. Además, estaba de por medio la intención de liberar al derecho de la retórica, de someter la argumentación jurídica a un criterio de verdad. Aun dentro de las filas del positivismo se ha hecho oír la crítica que reduce la interpretación a una actividad silogística (la norma constituye la premisa mayor; los hechos, la premisa menor; y la sentencia,

[9] *Ibidem, pág. 46.*

[10] *HANS KELSEN*, Teoría pura del derecho, *pág. 142.*

[11] *HANS KELSEN*, Teoría pura del derecho, *pág. 99; y NORBERTO BOBBIO*, El problema del positivismo jurídico, *pág. 60.*

[12] *LUCIEN GOLDMANN*, Las ciencias humanas y la filosofía. (Segunda edición), Buenos Aires, Editorial Nueva Visión, 1972, pág. 29.

o cualquier norma jurídica inferior la conclusión). En primer lugar, no hay reglas lógicas que permitan, mediante un procedimiento formal, elegir la norma que sirva de premisa mayor, por lo que ha sido preciso introducir juicios de valor. Además, como lo ha demostrado DJUVARA, "la norma general y la valoración que presupone, se ha obtenido inductivamente de casos concretos con respecto a los cuales se ha efectuado un juicio concreto de valor". En segundo lugar, la subsunción de los hechos dentro de la premisa menor supone la valoración de estos mismos hechos[13]. De aquí se ha llegado a la conclusión, admitida también por los positivistas, de que el juez sí crea derecho. El problema que se plantea, sobre todo en cuanto toca con la actividad judicial, es el de control de las valoraciones hechas por el intérprete. Definir la interpretación como actividad silogística no tendría sentido si fuera del silogismo quedaran las valoraciones que lo determinan. De ahí que se pueda decir que "la única manera de hacer lógicamente válido un silogismo judicial es introduciendo entre sus premisas todas las valoraciones que para decidir un caso concreto ha producido el juez". El intento positivista de reducir la interpretación a silogismos como operación formal controlable públicamente exige que se hagan explícitas públicas, las valoraciones que haga el intérprete. De esta manera, la sociedad podría asumir el control también público de tales valoraciones. Solo así la formalización de la actividad jurídica estaría dentro de los terrenos de la ciencia, en cuanto forma de control antiideológica[14]. Sin embargo, el positivismo se ha detenido ante las exigencias que la propia praxis le plantea. De aquí que podamos hablar del fracaso práctico del modelo positivista de ciencia como paradigma del saber jurídico.

Creemos que este fracaso está determinado doblemente: de una parte, por el sentido asignado a la teoría por el positivismo y a su forma de ver las relaciones de esta con la praxis. En efecto, para él la teoría está limitada a describir la legalidad de un conjunto de fenómenos. Esto es evidente en el caso de KELSEN, que ve la ciencia del derecho reducida a describir su objeto. No advierten la conexión existente entre interés práctico y teoría. La teoría adquiere sentido como orientación de la praxis. El significado de la verdad, de la objetividad, es pragmático. Proviene de la necesidad de controlar los intereses que se mueven en ese mundo de la praxis[15]. La insistencia en la neutralidad valorativa como actitud teórica, se desvirtúa por el hecho mismo de ser incapaz de orientar y controlar esos intereses que, subrepticiamente, son introducidos en la argumentación por la vía de juicios de valor que no se someten al control público. De otra parte, esta ceguera está en función de la ideología burguesa que, en última instancia, es la determinante de dicho fracaso. Dentro de la concepción burguesa del mundo, es imposible establecer un criterio racional que permita medir objetivamente los valores. Tal consideración proviene del hecho de que el valor no es considerado como un bien sino como un "interés individual; y ante un haz de intereses individuales no cabe preferir unos sobre otros: sólo queda la conciliación o la votación. En última instancia, la determinación del valor no es más un acto racional sino un acto volitivo... Dentro de este orden de ideas los valores sociales no se *descubren* sino que se *crean* en base al consenso"[16], (subrayamos). Si no hay un valor objetivo distinto del acuerdo de los sujetos, el problema no consiste en buscar un valor objetivo "sino en encontrar un «procedimiento» adecuado que permita compatibilizar los intereses particulares"[17]. De aquí arranca el positivismo como teoría que considera como criterio fundamental el de racionalidad formal, que se niega a establecer en el nivel axiológico un control objetivo y reduce la praxis del abogado a la implementación o a la ejecución de una técnica indiferente respecto de los valores que esa técnica realiza.

Antes de seguir, pongámonos en mira de plantear un problema del que daremos cuenta más adelante: ¿por qué la abstención valorativa del jurista, tanto en el terreno de la teoría como en el de la praxis, sirve a la clase dominante que de esta forma impone sus valores? Podemos decir que en la medida en que de las propias relaciones sociales parece derivarse automáticamente la comprensión de estas mismas. En efecto, el jurista asume ciertas categorías que parecen brotar naturalmente del proceso social, de una manera inconsciente, sin establecer ninguna mediación efectiva entre las normas y la realidad en la que espera aplicar estas normas. Asume como naturales las categorías de sujeto de derecho, de igualdad jurídica, de propiedad, de contrato libre. De esta forma, no está considerando una realidad en cuanto tal: está valorando como natural la forma que han asumido ciertas relaciones sociales, forma que permite que una clase oprima a otra apropiándose de su trabajo. Asegura como dato para la ciencia el acuerdo entre dos sujetos. Pero oculta el desigual trato entre dos poseedores desiguales de mercancías y la dominación que ejerce uno sobre el otro en el proceso de trabajo.

Todavía hay más razones para seguir impugnando esta visión instrumental del derecho desde la perspectiva de la praxis. Aun considerando al derecho como una técnica, tal como lo hacen los positivistas, los problemas vitales que el derecho tiene por misión resolver, siempre llevarán al jurista, necesariamente, a plantearse la pregunta por el sentido del derecho. El jurista no puede sentirse eximido de esta pregunta, pues en cuanto su misión apunta a la resolución de conflictos de interés mediante la imposición de criterios considerados como legítimos, no

[13] *FERNANDO GÓMEZ MEJÍA,* La interpretación del derecho. *(Primera edición), Bogotá, Ediciones Ananké, 1979, págs. 65, 60 y 64.*

[14] *Ibidem, pág. 68.*

[15] *Esta reflexión arranca de conocimiento e interés. JURGEN HABERMAS,* Ideas y valores 42-45, *Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1973-1975, págs. 61-76.*

[16] *FERNANDO DE TRAZEGNIES, "El rol político del abogado litigante", en* Los abogados y la democracia en América Latina. *(Primera edición), Quito, ILSA, 1986, págs. 36 y 37.*

[17] *Ibidem, pág. 37.*

puede perder de vista esta lo esencial de su función. De esta manera, debe ir más allá del ámbito normativo si no quiere que su actividad quede degradada a la de simple ejecutor de mandatos, aun inhumanos e irracionales[18]. Contra esta degradación, contra la barbarie de la reflexión, es contra la que creemos que se levanta el resurgimiento en los medios académicos y políticos de la reflexión iusnaturalista y la consideración de unos derechos fundamentales anteriores a todo ordenamiento jurídico —los derechos humanos—, derechos que se le confieren, precisamente, sentido a este ordenamiento. Esta crítica puede hacerse extensiva a la organización del Estado a partir de un criterio de racionalidad formal. Con este criterio el positivismo no solo ha medido y ordenado el funcionamiento del derecho —el criterio de validez—, sino que por la misma vía ha ordenado el funcionamiento del Estado. Ya MARX había advertido que una auténtica racionalización sólo podría ser llevada a cabo a través del análisis y la mediación de los intereses que se mueven al interior de la sociedad y que determinan el papel del Estado. Todo otro criterio de racionalización, al no reconocer la presencia de estos intereses, al negarse a establecer sobre ellos una mediación racional, los introduce subrepticiamente y los impone, asignándole al Estado la función de mero garante[19]. Es aquí donde se evidencia el total fracaso del modelo positivista de ciencia. La razón se niega a sí misma en tanto queda reducida como instrumento de toda forma de dominación, por absurda e irracional que esta sea.

Antes de continuar adelante, queremos precavernos de ser malinterpretados. No creemos que haya un fundamento distinto para los valores que el consenso. Colocarnos en la posición de *descubrir* valores equivale a asumir una pretensión intelectualista que puede convertirse en la justificación de cualquier sistema totalitario que se erija como realizador de la razón. La historia está llena de amargas experiencias como para querer seguir corriendo riesgos. La diferencia entre nuestra visión y la visión burguesa está en que nosotros consideramos como fundamento de tales valores un consenso no coactivo, un consenso no deformado por la violencia que ejercen estructuras que permanecen a espaldas de los sujetos. Consideramos fundamental hacer conscientes tales estructuras mediante un análisis que ponga en evidencia los intereses mediante la puesta en marcha de mecanismos que interrumpan el circuito de fuerza con que los dominadores deforman el proceso comunicativo, proceso en el que descansa y debe descansar la determinación de los valores.

3. ¿De qué somos herederos?

No podemos soslayar la importancia del positivismo en la configuración de una serie de problemas derivados de la necesidad de establecer criterios científicos eficaces en la tarea de orientar la praxis jurídica. Quisiéramos traer a cuenta esos méritos en su polémica con el derecho natural, en su resistencia a disolver la ciencia jurídica en una sociología del derecho y no en su interés por controlar las operaciones del jurista. Si, ya habíamos reprochado al positivismo su ceguera ante el problema de los juicios de valor en las ciencias y el abandono de la pregunta por el sentido del derecho al haberlo reducido a una técnica dependiente de la ciencia. Y hubiésemos podido enfrentarnos con él apelando al derecho natural. De éste, sin embargo, el positivismo nos ha hecho caer en la cuenta de las confusiones en que incurre. Esa deuda es la que reconocemos cuando le reprochamos al derecho natural, ora su indeterminación y de allí su carácter aporético; ora el hecho de que confunde lamentablemente sociedad y naturaleza; ora porque hipostasía como eternas e inmutables, bajo el título de derechos naturales, toda una serie de determinaciones históricas.

Al positivismo le adeudamos, también y a pesar de su fracaso, el haberse negado a disolver la ciencia jurídica en una sociología del derecho. En efecto, los análisis sociales que ilustran el comportamiento de los individuos en función de las normas jurídicas o la dependencia funcional del derecho respecto de determinadas estructuras sociales y aun su comprensión dentro de un proceso histórico, no resolverán nunca, directamente, el problema de determinar cuál debe ser el criterio de decisión aplicable en la resolución de un concreto conflicto de interés. En esta tarea concurren toda una serie de disciplinas, incluída una teoría normativa, que pongan al jurista en la investigación del derecho y en la búsqueda de un fundamento auténticamente racional de éste dentro de la sociedad. Es en función de esta tarea como recuperamos críticamente la pretensión del positivismo de establecer un control público sobre las operaciones que realiza todo intérprete en el momento de aplicar el derecho, control establecido por la vía de la comprensión del derecho dentro de los límites de la ciencia.

II. Es preciso otro método si queremos comprender

1. El intérprete juega sus cartas.

La imposibilidad comprobada de disolver la ciencia jurídica en una sociología del derecho, históricamente legitimó la pretensión de comprender el derecho no a partir del modelo de las ciencias naturales, sino dentro del marco de la ciencia hermenéutica. De esta manera se pretendía superar las limitaciones provenientes de la autocomprensión instrumental de la praxis jurídica para dar paso a un modelo de ciencia que, preocupada por la interpretación de textos, se dirigiera hacia la comprensión del sentido de estos para asegurar el consenso entre los sujetos aclarándoles su mutua pertenencia, en este caso no a una tradición, sino a un cuerpo de normas que tienen como misión resolver los conflictos de interés en una sociedad.

Esas normas son reglas o directivas del obrar que se hallan reducidas a textos, textos que se caracterizan porque sus propo-

[18] JURGEN HABERMAS, *"El cambio social en la educación universitaria", en Eco, Nº 52-54, octubre, 1964, págs. 554 y 555.*

[19] UMBERTO CERRONI, *"Igualdad y libertad", en Marx y el derecho moderno. (Primera edición), México, Editorial Grijalbo, 1975, págs. 194 y ss. y 245 y ss.*

siciones aparecen en un lenguaje distinto del habitual, un lenguaje que es preciso descifrar. La tarea del intérprete es precisamente descifrar ese lenguaje, traducir el sentido de esos textos, obrar como intermediario en el proceso comunicativo al que son remitidos los conflictos de interés. Es en función de esta remisión que comprende el derecho, como medio en la sociedad en que esta resuelve sus conflictos. A continuación haremos una breve exposición sobre la forma en que las ciencias hermenéuticas comprenden su objeto, para después considerar la praxis de los juristas dentro de una nueva comprensión, no sin antes haber hecho un somero examen de la función social del derecho.

Las ciencias hermenéuticas conciben la vida social como un devenir, un fluir en permanente cambio que abarca a los individuos en tanto en ella comparten un sentido común. Este proceso, que se halla diferenciado de los procesos naturales, es designado como espíritu. Este espíritu es el que le permite al hombre entenderse, asociarse y constituir comunidades mediante el establecimiento de relaciones recíprocas. Estas relaciones están mediatizadas por la comprensión de expresiones que tienen un valor representativo y que aparecen involucradas en toda actividad práctica. Esto quiere decir que los hombres, para dar satisfacción a sus necesidades, entran en relación con otros en el contexto de la praxis y que precisan, para llevar a cabo esta tarea, comprenderse mediante el lenguaje. Cuando determinadas relaciones asumen un carácter estable y duradero, la expresión de estas se decanta y su significación también perdura en el tiempo. De esa manera, en el desenvolvimiento corriente de la vida social se hace preciso recurrir a ese espíritu que se ha objetivado en aquellas expresiones, en formas representativas. Estas formas representativas cobran un significado pleno en el momento en que son comprendidas en función de la vida presente. De lo contrario permanecen inertes, sin vida. Esta operación de comprensión de sentido se realiza mediante la interpretación y tiene por finalidad orientar la vida presente con los criterios de la vida pasada. Esto es lo que de modo general puede decirse de toda hermenéutica. Pero ¿cuál es la especificidad de la hermenéutica jurídica?

En primer lugar hay que señalar que la hermenéutica jurídica no se dirige a determinar el sentido en sí de las formas representativas, tal como la hace una hermenéutica filológica, histórica o dogmática. Su interpretación esta "dirigida a un sentido normativo y práctico tendiente a obtener un criterio de decisión o una máxima de la acción"[20]. En segundo lugar, está de presente la forma como reconstruye el movimiento del espíritu. Las normas, en cuanto formas representativas, son la expresión del espíritu que se han objetivado en ellas[21]. Son, al decir de RECASÉNS SICHES, vida humana objetivada[22]. Mediante estas formas el espíritu que se ha objetivado "se endereza hacia un sujeto, que es el espíritu viviente y pensante del intérprete, sacudido y movido a entender los intereses de la vida presente, que pueden estar variadamente orientados"[23]. Esa vida humana antes de objetivarse es entendida como una dinámica de intereses que aparecen en conflicto. De allí que un destacado hermenéuta hable del conflicto de interés como la experiencia jurídica primaria. El destino corriente de este conflicto en una sociedad, es que sea resuelto mediante la aplicación de normas jurídicas. En el momento en que estas son aplicadas, se convierten en vida humana viva. Esta tarea requiere la intermediación del jurista como intérprete: comprendiendo el sentido de las normas en función de la resolución de los conflictos de interés, impone el criterio de decisión en ellas contenido, una vez les ha aclarado a los sujetos la situación en que se encuentran. ¿Cuál es el contexto de esta interpretación?

La consideración de la función social del derecho está muy en claro para la ciencia hermenéutica, y esta es su ventaja ante el positivismo normativista. El derecho tiene como misión en una sociedad resolver conflictos de interés, tal como ya lo habíamos anotado. Mientras esta resolución sea necesaria para la conservación de la sociedad en cuanto tal y en la medida en que no se puede abandonar al arbitrio de los individuos el ejercicio de la fuerza para resolver sus conflictos, el derecho juega un papel fundamental. El proporciona criterios de decisión públicos y estables, cuya obligatoriedad y eficacia depende en última instancia de su legitimidad dentro de la sociedad. Esta legitimidad asegura a ciertos sujetos el monopolio del ejercicio, también legítimo, de la fuerza en esta tarea. Es así como los conflictos de interés asumen la forma de conflictos jurídicos.

Estos conlictos de interés son fundamentalmente económicos en tanto se trata de una "situación de tensión o de incompatibilidad (entre dos o más personas) en sus necesidades o en sus aspiraciones respecto de los bienes vitales que pueden satisfacerlas"[24]. En esta realidad conflictiv a se instala el derecho. "Este aparece como un orden que saca los conflictos de su terreno originario, «real», del lugar donde las fuerzas económicas y físicas podrían desempeñarse con toda su brutalidad y toda su crudeza, para colocarlos en un plano diferente"[25]. Este plano es el del orden jurídico. El conflicto es situado entonces dentro de unas coordenadas de decisión que han sido estabilizadas y ordenadas como sistema jurídico. El derecho toma de la vida social esos criterios: protege ora un interés frente a otro; ora, a un mismo tiempo, intereses distintos; ora privilegiándolos en ciertas situaciones. Esos criterios se convierten en normas que, en función del interés que protegen, del estatuto de este interés

[20] *EMILIO BETTI, "En torno a una teoría general de la interpretación", en* Revista de la Universidad Externado de Colombia, *volumen VII, núm. 1, Bogotá, 1966, págs. 87-118.*

[21] *Ibidem, pág. 95.*

[22] *SICHES RECASENS,* Tratado general de filosofía del derecho, *pág. 53, citado por Gómez Mejía, pág. 18.*

[23] *EMILIO BETTI, "En torno a una teoría general de la interpretación", pág. 93.*

[24] *LUIS DÍEZ PICAZO,* Experiencias jurídicas y teoría del derecho. *(Primera edición), Barcelona, Editorial Ariel, 1973, pág. 12.*

[25] *CARLOS DE ROUX,* Derecho y Estado. *(Primera edición), Bogotá, Editorial CINEP, 1976, pág. 61.*

frente a otros y de su consideraicón en la vida social, llegan a ocupar un lugar determinado dentro del ordenamiento. De allí que el original conflicto de interés se convierta, aparentemente, en un conflicto entre normas que esperan ser aplicadas.

Precisamente en cuanto los criterios convertidos en normas están en función de la protección de un interés concreto, podemos decir que en realidad del derecho no los toma simplemente de la vida social. Se imponen como jurídicos en el momento en que unas ciertas relaciones sociales configuran la vida social, en cuanto esas relaciones configuran intereses que por su carácter determinante se imponen en la dinámica del conflicto y por eso llegan a ser protegidos. Así es como se establecen las coordenadas de legitimidad del derecho dentro de la sociedad. Es importante retener esto frente al hecho de que la sociedad asegure esa legitimidad mediante el consenso y los intereses no sean impuestos por la mera fuerza. La cuestión es que la mediación y el control sobre estos intereses, que la configuración de la vida social a partir de determinadas relaciones sociales, de determinadas estructuras sociales, escape al contexto comunicativo en el que es producido ese consenso. Mientras este consenso no sea problematizado, en cuanto no se admita la posibilidad de que estructuras sociales que están a espaldas de los sujetos deforman con su violencia, el proceso comunicativo en el que es producido el consenso, nunca se cuestionará a fondo la actividad del intérprete. Este es el reparo que hacemos a la comprensión del derecho dentro del marco de la hermenéutica.

¿Qué valor puede tener entonces el intentar comprender el derecho científicamente desde la hermenéutica y desde allí replantear la praxis de los juristas en la sociedad? En nuestra polémica con el positivismo normativista ya habíamos señalado que la ciencia jurídica no se podía agotar en una sociología del derecho, que era necesario que esa ciencia se preocupara por solucionar directamente el problema de determinar el criterio por seguir en la resolución de un conflicto de interés. Anotamos atrás que mientras se siguiera en el empeño defendiendo esa ciencia bajo la apariencia de teoría pura, el intento estaba destinado al fracaso tanto en el terreno teórico como en el terreno práctico. No se podía seguir pensando en una teoría que descubriera la legalidad inmanente de unos hechos, tal como lo hacía el positivismo. Pues aunque este hablaba del estudio de las normas como de una realidad distinta de la de los hechos naturales, la objetividad de la ciencia era obtenida en el entendimiento de que se trataba de determinar un conjunto de fenómenos particulares como si se tratara de hechos. El entendimiento en el que estaba implícita la negación de la implicación de sujeto y objeto. La hermenéutica supera estas limitaciones en el momento en que determina su objeto, el derecho, dentro del mundo de la vida del sujeto, dentro de ese devenir vital al que ha llamado espíritu. En cuanto descubre el espacio en el que está radicado el derecho, descubre la implicación fundamental de sujeto y objeto. La tarea de comprensión de sentido de los textos normativos no es una tarea que importa por sí misma. Importa por su significado para la praxis: la comprensión de su objeto le permite a la hermenéutica asumir la tarea de resolver los conflictos de interés en una sociedad. Y en cuanto esta tarea interpretativa es postulada como científica, lo que se pretende es controlar las operaciones que realiza el jurista al momento de comprender el sentido de los textos que espera aplicar. Es esta la intención que reconocemos en la hermenéutica.

¿Cómo puede la ciencia hermenéutica controlar tales operaciones? Al respecto se ha dado una discusión muy interesante, en el sentido de fijar el papel del sujeto en esa tarea de comprensión. Unos se inclinan por entender la actividad interpretativa como una operación de atribución de sentido a lo interpretado. Otros entienden esa actividad como la tarea de comprensión de sentido, como ya lo hemos señalado repetidamente. Esta consideración importa aquí, pues los segundos han insistido, frente a los primeros, que es necesario establecer cánones, reglas de interpretación, si se quiere permanecer en un terreno verdaderamente objetivo y, por ende, científico. Creemos que esta posición es la que ha predominado, con algunas diferencias, entre los juristas. En primer lugar, porque están preocupados por descifrar la significación objetiva de las normas. Atrás quedó la pretensión de la Escuela Histórica del Derecho (SAVIGNY) de obtener la significación subjetiva de la norma —la voluntad del legislador—. En segundo lugar, porque de acuerdo con lo dicho, la doctrina ha establecido cierto tipo de reglas que permiten controlar las inferencias y deducciones que realiza el intérprete en el momento de aplicar el derecho. Da prueba de ello, su polémica con la Escuela del Derecho Libre.

En efecto, esta escuela, ante la reducción del derecho a las normas creadas por el Estado y de la actividad judicial a mera reproductora de estas normas, opone la libre creación de derecho por parte del juez. La crítica de la hermenéutica no ha dejado de hacerse oir. No se trata simplemente de que el derecho libre equivalga a decidir sin ley. La cuestión es más compleja. Se trata de que el intérprete debe reconocer en las normas criterios objetivos. reconocidos como legítimos por la sociedad. Decidir sin ley equivale a poner en lugar de la voluntad de la sociedad, objetivada en leyes, la voluntad del juez y a introducir un factor de desestabilidad en la sociedad, en la medida en que los individuos no sabrán cómo orientar su conducta, pues desconocen los criterios con que serán resueltos los conflictos generados por el desenvolvimiento social de ésta[26]. De allí la insistencia de la hermenéutica en la necesidad de fijar cánones. De esta forma, se atiende el peligro de que el intérprete quiera imponer intereses a espaldas de la sociedad.

En esta discusión, la hermenéutica nos muestra la forma como procede a realizar ese control. Se entiende que para resolver el conflicto es preciso determinar los hechos de ese conflicto, así como cuáles son las normas aplicables a él. El conflicto

[26] *LUIS DÍEZ PICAZO*, Experiencias jurídicas y teoría del derecho, *pág. 242*.

se resuelve en tanto se comprenda cuál es el criterio de decisión que se ha de seguir, atribuyéndoles a aquellos hechos una determinada sanción normativa. Esa comprensión apunta a determinar en la norma aplicable al caso su razón de ser [*ratio iuris*], al decir de BETTI[27], o el criterio de justicia que se deba seguir en caso concreto (*iustum* concreto), al decir de DIEZ-PICAZO. La diferencia entre estos dos autores no es simplemente nominal. Salta a la vista en el significado que le atribuyen a la interpretación. Para BETTI, ésta es fundamentalmente una "actividad dirigida a reconocer y a reconstruir el significado que se ha de atribuir, en la órbita de un ordenamiento jurídico, a formas representativas que son fuentes de valoraciones jurídicas [las normas jurídicas] o que constituyen el objeto de tales valoraciones (declaraciones o comportamientos que se desenvuelven en el campo social y que están sometidos al derecho en cuanto tiene relevancia jurídica)"[28]. Para DIEZ-PICAZO, la interpretación es "todo el conjunto de actividades que han de ser puestas en práctica para llevar a cabo la investigación o la búsqueda auténtica del derecho o de lo que es «derecho», es decir, el *iustum* concreto. La investigación se convierte en una difícil y delicada tarea, en la cual el derecho no se crea evidentemente (recordemos la polémica con la Escuela del Derecho Libre), porque en cuanto objeto de una búsqueda preexiste, pero si se recrea, en cuanto es necesario adaptarlo y readaptarlo"[29].

Esta diferencia se hace aún más notoria frente a tres problemas: el primero considerar el derecho como algo ya dado que simplemente hay que reconocer y reconstruir o, por el contrario, como algo que hay que buscar permanentemente con miras a determinar el *iustum* concreto.

De allí que BETTI pueda ser acusado de permanecer dentro de una comprensión normativista, mientras que DIEZ-PICAZO avanza, en función de la dinámica de intereses, hacia la búsqueda de una solución que se encuentre dentro de las coordenadas de legitimidad de la sociedad y que corresponda a su noción de justicia. El segundo, derivado del primero, es sobre la forma de considerar la relación entre los hechos y el derecho. Para BETTI, esta relación se reduce a la determinación y consiguiente interpretación y aplicación de la norma al caso concreto. DIEZ-PICAZO, por el contrario, considera que la tarea interpretativa comienza desde el mismo momento en que es preciso comprender los hechos dentro de ciertas categorías, para poder llevarlos a una hipótesis normativa. Además, la determinación de la norma requiere interpretar todas las posibles normas aplicables al caso. De aquí pasamos al tercer problema: ¿es la interpretación una actividad reducida al momento de la aplicación del derecho o es una operación total? Por lo argumentado hasta ahora, DIEZ-

[27] EMILIO BETTI, *"En torno a una teoría general de la interpretación", pág. 95.*

[28] LUIS DIEZ PICAZO, Experiencias jurídicas y teoría del derecho, *pág. 227.*

[29] *Ibidem, pág. 231.*

PICAZO se resuelve por lo segundo[30]. Pasemos ahora al problema de los cánones hermenéuticos.

Las diferencias anotadas se proyectan sobre este problema. Para BETTI, los cánones hermenéuticos tienen una significación precisa, en orden a dirigir la actividad interpretativa hacia la determinación de la *ratio juris* de las normas, normas que aparecen como una estructura objetiva que espera ser penetrada por el sujeto. Por ello, sus cánones son toda una serie de reglas formalizadas, abstraídas de la praxis concreta (canon de totalidad y coherencia, canon de autonomía, etc.). DIEZ-PICAZO, sin perder de vista el problema de garantizar la objetividad de la comprensión como única forma posible de establecer un control público, enfatiza en el hecho de que en tanto esa comprensión tiene por objeto orientar la praxis y en tanto esta tarea debe realizarse dentro de las coordenadas de la noción de justicia fijadas por la sociedad, los cánones hermenéuticos tienen una significación práctica directa. De ahí que nosotros entendamos la crítica de DIEZ-PICAZO a BETTI, en el sentido de que para este último la hermenéutica toma la apariencia de teoría pura y que a partir de esta misma teoría, y sin ninguna mediación, es posible descubrir los cánones hermenéuticos. Polemizamos con DIEZ-PICAZO contra BETTI en tanto la operación de formular cánones hermenéuticos es una operación mediatizada históricamente. Tales cánones reciben su validez no de la teoría misma sino de su capacidad para orientar la praxis[31]. Es esta la razón que hay de por medio en la argumentación de DIEZ-PICAZO. Analicemos su formulación del problema.

El citado autor renuncia a establecer reglas formales. Sólo considera posible establecer cuáles son los medios o elementos con que debe contar el intérprete en el momento de entrar a determinar el *iustum* concreto. El abandona la formula de cánones, pero es evidente que esos medios tienen la categoría de reglas que aseguran la objetividad del razonamiento. Tales medios son "los antecedentes históricos, las reglas del pensamiento o del razonamiento y el análisis del sustrato sociológico o socioeconómico de los intereses en juego"[32].

El define cada uno de estos medios así: en primer lugar, los antecedentes históricos tienen como misión ilustrar en función de qué situación social fue formulada la norma. De esta manera podemos saber qué vigencia tiene la norma y qué sentido tiene hoy para nosotros. En segundo lugar, mediante las reglas de razonamiento es posible determinar conceptualmente los hechos para poder subsumirlos en la norma y las normas aplicables a esos hechos. Así, mediante el estudio de las reglas

[30] *GULLERMO HOYOS VÁSQUEZ,* Los intereses de la vida cotidiana y las ciencias. *(Primera edición), Bogotá, Universidad Nacional, 1986, pág. 78.*

[31] *LUIS DIEZ PICAZO,* Experiencias jurídicas y teoría general del derecho, *págs. 248 y ss. La exposición que sigue la tomamos del capítulo intitulado Interpretación y razonamiento jurídico, en el que encontramos valiosas reflexiones.*

[32] *JURGEN HABERMAS, "La técnica y la ciencia como ideología", en Eco, 127, Bogotá, 1970, pág. 48.*

gramaticales y de la lógica que sigue el jurista en sus razonamientos, es posible establecer las pautas que orientan ese razonamiento. El papel de la gramática en la interpretación es el de fijar el significado de las expresiones normativas. Esta operación se realiza en dos momentos: fijando el sentido de las palabras (semántica) y el lugar que estas ocupan dentro de la proposición (sintáctica), para indagar cuáles son las ideas que se quieren transmitir mediante la expresión estudiada. Sin embargo, advierte DIEZ-PICAZO, la gramática sólo puede proporcionar opciones en esta tarea. La selección de la opción está determinada en realidad por juegos lingüísticos: convenciones o hábitos que están entrelazados con reglas del vivir y del actuar (Retengamos esta idea como fundamental: las reglas dadas en función de determinadas relaciones sociales, de la protección de ciertos intereses, determinan la comprensión de estas mismas reglas. La cuestión es que en cuanto tal, el juego lingüístico funciona, pero no aparece de una forma perfectamente clara, consciente, el sentido de estas mismas reglas). En cuanto al problema de la lógica de los razonamientos del jurista, DIEZ-PICAZO recoge una discusión que pasamos a reseñar muy brevemente aquí.

Puede pensarse que los razonamientos del jurista deben seguir una línea de desarrollo lógico similar al desarrollo de las proposiciones de las ciencias naturales. Esta fue la pretensión de la "jurisprudencia de conceptos" al querer descubrir la naturaleza lógico-inmanente de las instituciones. El dogma jurídico era la construcción conceptual con la que se descubría esa lógica y se le concedía a la institución la categoría de natural. De aquí proviene la designación, muy en boga y conforme a la cual autoconciben su tarea como científica ciertos cultores del derecho, de dogmática. El fracaso de esta escuela es doble: consistió, de una parte, en haber hipostasiado como naturales las formas de ciertas relaciones sociales y, de otra, en que aun desarrollando el razonamiento con una absoluta corrección formal, se podía llegar a las soluciones más irracionales e injustas. La intención, sin embargo, no fue abandonada. VIEHWEG postuló la ciencia del derecho como axiomática, como ciencia que procediera a partir de una primera verdad, en una cadena de deducciones lógicas. Es bueno recordar que muchos iusnaturalistas recurrieron a este método, como única forma de justificar el derecho natural como racional. Pero el propio VIEHWEG reconoció que el actual estado de la civilización no permite tal tarea. No se ha determinado esa primera verdad del derecho y no disponemos en el contexto habitual, de un lenguaje capaz de ser formalizado como lógica simbólica. El intento más importante y plausible es hasta ahora el de CHAIM PERELMAN. En efecto, él distingue dos tipos de lógica: la demostrativa, que es una lógica formal; y la argumentativa, cuya finalidad es justificar una decisión. Esta distinción se apoya en la que ya había hecho ARISTOTELES entre razonamiento apodíctico y razonamiento dialéctico. El apodíctico parte de premisas verdaderas y llega a conclusiones verdaderas. El dialéctico parte de premisas que no son estrictamente

verdaderas sino verosímiles, es decir, probables y de general aceptación. A esta forma de razonamiento corresponde el derecho. Es por esto por lo que la lógica del discurso jurídico es, en verdad, una lógica retórica.

Creemos que es aquí donde se sitúa DIEZ-PICAZO, en tanto que para él las decisiones jurídicas deben estar respaldadas por razonamientos cuya capacidad depende de su eficacia argumentativa. Es decir, de que se pueda "demostrar" que la solución a la que se ha llegado está dentro de las coordenadas sociales que fijan la noción de lo justo. El jurista que interpreta el derecho que aplica debe justificar su decisión mostrando que sus razonamientos están dentro de las pautas valorativas de la sociedad, pautas que se han objetivado en normas y que determinan la interpretación de estas normas. Esto es evidente en los análisis que hace el propio DIEZ sobre las proposiciones normativas y sobre los conceptos empleados en la interpretación. Así, el concepto jurídico expresa un problema típico o institucionalizado, al mismo tiempo que su solución. Lo que en otras palabras quiere decir es que los conceptos son la expresión de determinadas relaciones sociales y la forma en que la dinámica social ajusta su desenvolvimiento. De las proposiciones jurídicas, DIEZ dice que son, en su mayoría, razonamientos que introducen juicios de valor sobre la realidad destinados a aclarar por qué hay que resolver el concreto conflicto de interés, ajustándose a un cierto criterio de decisión. El problema fundamental de la interpretación es, entonces, producir una decisión que esté en conformidad con los patrones valorativos de la sociedad. Y el problema fundamental de la ciencia del derecho como hermenéutica es orientar al jurista en esa tarea, no precisamente mediante la formulación de cánones o reglas, como lo pretendía BETTI, sino asegurando la objetividad de la interpretación, circunscribiéndola en el espacio de la argumentación. En este espacio los razonamientos ganan validez en tanto justifican ante y por la sociedad, una cierta decisión y en tanto responden a la exigencia de darle una solución justa, y por lo tanto racional. a los conflictos. De ahí que podría decirse que la hermenéutica jurídica es plenamente consciente del interés práctico que la anima: controlar las operaciones del intérprete, llevándolas a un contexto público, en el que estas pueden ser confrontadas con los patrones valorativos de la sociedad.

Recordemos el planteamiento de DIEZ-PICAZO sobre el problema de los cánones hermenéuticos, o, como él los llama, de los "medios del intérprete" en su tarea. Para poder determinar el *iustum* concreto, se acude a la comprensión del sentido de los textos normativos, comprensión que debe funcionalizar los medios que el intérprete tiene a la mano. Esos medios son la investigación histórica, las reglas de razonamiento y el análisis del sustrato sociológico o socioeconómico. El lector recordará que desarrollamos sólo los dos primeros. La omisión no es nuestra. ni es solo DIEZ. No es sólo un problema de metodología. Es de teoría del conocimiento en tanto la ciencia hermenéutica al definir su objeto y su método, ha renunciado a tales análisis.

Para nosotros no basta la vaga apelación al concepto de lo social, lo político o lo económico para decir que estamos en presencia de un análisis social. No nos conformamos con fórmulas marginales del tipo de la del "equilibrio económico de los contratos", como concepto destinado a aclarar el sustrato socioeconómico. Consideramos necesario recurrir a los análisis sociales si todavía se quiere mantener en pie el interés práctico de controlar las operaciones del intérprete en el momento de aplicar el derecho. Este control es efectivo únicamente en el contexto comunicativo, público en el que tales operaciones son confrontadas con las coordenadas valorativas de la sociedad. Y aquí no podemos olvidar que esta intención se articula con la pretensión de alcanzar una resolución racional de los conflictos de interés, de lograr una mediación efectivamente racional de estos conflictos. Y como bien lo ha señalado HABERMAS, sólo puede ser racional la mediación alcanzada en el espacio de una "discusión pública, sin trabas y no sujeta a la autoridad"[33], es decir, en el contexto de un proceso comunicativo no derformado por la violencia. El hecho de que la hermenéutica no se proponga como tema el análisis del proceso comunicativo en el cual la sociedad se autodetermina mediante el consenso, desvanece su pretensión de orientar la praxis mediante un saber científico, racional. ¿Por qué?

La hermenéutica jurídica, al insertar la comprensión de los textos dentro del proceso social, dentro de la historia, esperaba resolver los conflictos de interés, aclarándoles a los sujetos su pertenencia a ese proceso histórico-social en el que habían sido producidas las normas jurídicas. La comprensión de este proceso se hacía mediante el concepto de espíritu, como en toda ciencia hermenéutica. Este concepto dotaba al proceso histórico-social de la unidad requerida para poder transmitir un sentido. Pero en este supuesto teórico de la hermenéutica se ha decantado una comprensión de la historia que es en sí misma ideológica. Corresponde a una forma de ver esa historia, que oculta la opresión ejercida por estructuras sociales que han deformado la comunicación, desconociendo la dinámica propia de esta historia: la lucha de clases, tal como nos lo ha demostado MARX. El proceso histórico-social no ha estado animado por un sujeto único, que siempre se ha reconocido a sí mismo en la esfera de la autoconciencia. Por el contrario, este sujeto se halla desgarrado, escindido, separado, puesto que la sociedad siempre ha estado dividida en clases. De allí que ésta no pueda reconocerse a sí misma, o que, de hacerlo, siempre lo haya hecho falsamente. Al reconstruir el proceso histórico y descubrir en él las huellas de la opresión ejercida por estructuras de una sociedad desgarrada en clases, se desvanece como falso ante la conciencia el concepto de espíritu, como concepto que ilustra el devenir de la sociedad como sujeto unitario en la historia. Con él se desvanece la pretensión teórica y práctica de la herméneutica jurídica. En la siguiente sección entraremos a analizar las razones de ese fracaso.

[33] *JURGEN HABERMAS*, Conocimiento e inerés, *págs. 60 y ss.*

2. ¡Las palabras nos traicionan!

Hemos considerado hasta ahora que el verdadero interés que ha animado a tratar de formular el saber jurídico en términos científicos es el de establecer un control público sobre las operaciones que realiza el intérprete al momento de aplicar el derecho y el de, por esta vía, tratar de establecer una mediación racional en la resolución de los conflictos de interés. Esta mediación racional es la resolución del conflicto de acuerdo con las pautas valorativas que la misma sociedad se ha dado mediante un consenso que no esté deformado por la violencia. Este consenso señala, a partir de lo posible históricamente, cómo deben ser satisfechos los intereses. Es a partir de esta definición, que depende del dominio establecido sobre la naturaleza mediante el trabajo, que la sociedad fija mediante sus instituciones cómo se debe distribuir la utilidad generada por el trabajo social y, en función de dicha definición, cómo se debe resolver el conflicto de intereses. Nosotros queremos plantear ahora el siguiente problema: el consenso social no es un consenso racional, es un consenso coactivo. Está deformado por la opresión que ejercen estructuras que le permiten a una clase sobreapropiarse de la utilidad generada por el trabajo. Mediante la dominación política, esta clase acapara en el marco institucional las posibilidades de satisfacción que deben ser distribuídas socialmente. Esta dominación política imprime su violencia en la resolución de los conflictos de interés, haciendo imposible la tarea de establecer una mediación racional[34].

De esta manera, los análisis del concreto proceso histórico social dan al traste con las pretensiones de la hermenéutica jurídica. En efecto, su intención de orientar la praxis jurídica proporcionándole al intérprete los medios para que extrajera sentido de los textos normativos mediante operaciones que apuntan a la construcción de mediaciones racionales para el conflicto, ha devenido falsa en tanto que a) su concepto de espíritu, al ocultar el real desarrollo del proceso histórico, nunca les aclarará verdaderamente a los sujetos su pertenencia al proceso en el cual han sido producidas las normas con las que se resuelve el conflicto. El concepto de espíritu oculta en su unidad el desgarramiento de una sociedad dividida en clases; b) su intención de orientar la praxis y de establecer en ella una mediación racional, buscando el consenso mediante la certificación de la pertenencia a proceso aclarado por la operación de comprensión de sentido, sólo puede reforzar la violencia que ha puesto en mar-

[34] *Sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia del primero de diciembre de 1981. Magistrado ponente: Fernando Uribe Restrepo. Publicada en la revista Jurisprudencia y doctrina, tomo XI, núm. 123, Bogotá, Legis, págs. 195 y ss. Se discutía si los hechos materia de la litis configuraban un contrato de trabajo o uno de agencia comercial. De la conceptualización de los hechos, dependía toda una serie de efectos por asignar. Lo que en esta sentencia se recoge no es solo una discusión conceptual sino una discusión conceptual sino una discusión sobre que tipo de interés se debía privilegiar, discusión en la que estaban involucradas toda una serie de valoraciones sobre la realidad.*

cha ese proceso, y c) porque bajo tal condición será imposible establecer una mediación racional a los conflictos. Siempre uno de los sujetos deberá asumir un más alto grado de represión que otro en tanto la regla obtenida hermenéuticamente, fija de una manera aun inconsciente la sobreapropiación de posibilidades de satisfacción en favor de uno de esos sujetos. La cuestión toma un cariz más agudo ante el análisis de un tipo concreto de sociedad: la sociedad capitalista. Veamos por qué. Nuestro análisis seguirá el siguiente orden: reconsideremos la función social del derecho, teniendo en cuenta que éste apunta a la conservación de la sociedad en cuanto tal. Descubriremos que esta necesidad, la de reproducir determinadas relaciones sociales, asume una lógica particular en las sociedades en las que el fundamento de legitimidad es el consenso, introduciéndose inconscientemente. Retomaremos el análisis de DIEZ-PICAZO para hacer asaltar, a partir del concepto de juego lingüístico, cómo mientras esta lógica permanezca inconsciente es funcional a la dominación de clase, por lo que acudiremos a la noción de ideología. Finalmente, sobre esta noción analizaremos cómo el derecho resulta funcional a la dominación de una clase en el capitalismo.

El derecho tiene como misión asegurar la cohesión social mediante la solución de los conflictos que en ella se suscitan, situaciones de tensión o de incompatibilidad respecto de los bienes que pueden satisfacer las necesidades. El derecho institucionaliza vías y criterios y así evita que la sociedad sucumba en una lucha cuya dinámica sería el empleo de la fuerza. El derecho controla el uso de esa fuerza mediatizando las relaciones sociales. Esta mediación puede consistir, sin más, en el uso de la fuerza, y la estabilidad de esa sociedad depende en última instancia de la capacidad de la clase dominante para esgrimir permanentemente esa fuerza (modo de producción esclavista y feudal). Pero puede pretenderse, y esta es la pretensión de la burguesía, que las relaciones sociales pueden tener una base racional y que por ello puede haber criterios racionales para resolver ese conflicto. Tales criterios serían racionales en tanto que su fundamento reposaría en el consenso libremente alcanzado por los individuos. De esta forma la fuerza estaría limitada a ser ejercida contra aquellos que se resisten al consenso que han contribuído a formar. El derecho cohesiona la sociedad resolviendo los conflictos dentro de las pautas valorativas de la sociedad. La decisión es legítima y racional, en tanto obedece a una lógica argumentativa que justifica la decisión. El problema se revela en toda su gravedad en el momento en que se comprueba que esta resolución obedece en realidad a otra lógica, la que ha fijado una clase en la esfera de la distribución de la utilidad social, una lógica que permite sobreapropiarse de esa utilidad a unos sujetos a espaldas de la misma sociedad, así, la lógica de la resolución de los conflictos de interés depende de que asegure la legitimidad de tal resolución, pero el funcionamiento real de esta lógica depende de su capacidad para mantener un circuito de relaciones sociales que permite el ejercicio de una violencia

práctica (la que ejercen estructuras sociales que le permiten a una clase sobreapropiarse de la utilidad social) aun cuando la sociedad parece autorregularse mediante el consenso. Creemos que es este el rostro oculto en los razonamientos de DIEZ-PICAZO, el lado oscuro que nunca revela la hermenéutica.

Reconsideramos los análisis de DIEZ de los medios del intérprete. A lo largo de la exposición quedó en claro que la lógica que dota de sentido a los razonamientos del intérprete, es una lógica que no puede funcionar sin juicios de valor. Al analizar los conceptos en que se subsumen los hechos, se puso de relieve que implicaban una valoración de la realidad: recogían la forma como la sociedad había tipificado un problema, a la vez que proporcionaba su solución. Lo que, en otros términos, quiere decir es que la abstracción de la realidad es su valoración; que al extraer de su contexto a las relaciones sociales y al tomar por naturales la forma que ellas tienen, estas relaciones quedan valoradas como las mejores. De otra parte, se señaló que la selección de normas y su aplicación estaba determinada por la capacidad del intérprete de desarrollar una línea argumentativa que justificara la decisión jurídica y por los juegos lingüísticos que determinaban el contenido de las normas jurídicas. La línea argumentativa conduce la interpretación hacia la protección de un interés, privilegiándolo mediante su inserción dentro de un determinado sector del orden jurídico. El orden jurídico establece una jerarquía de valores y de intereses, seleccionando las situaciones en las cuales un interés debe resultar privilegiado. Las argumentaciones son una lucha por ese privilegio[35]. Pero el margen de esta lucha es en realidad escaso. Este margen está ya fijado por el juego lingüístico. Centrémonos ahora en este concepto.

El contenido de toda proposición siempre tiene un margen de indeterminación relativa. Este contenido solo puede ser fijado estableciendo el contexto en el que la palabra (semántica) o la palabra dentro de la proposición o la proposición entera (sintáctica) cobran sentido. La gramática solo puede proporcionar opciones. La decisión de fijar ese contexto le corresponde al intérprete. Él toma la decisión a partir de reglas y convenciones que se han decantado en la sociedad, reglas que están imbricadas, entretejidas con las reglas del vivir y del actuar. Proponemos al lector la siguiente consideración, en orden a retomar el conjunto de nuestro análisis: si hay reglas que determinan la comprensión del sentido de las proposiciones normativas, no es el intérprete el que determina ese sentido, es la sociedad. Y si tales reglas están imbricadas, entretejidas con las reglas del vivir y del actuar, ellas responden siempre a un determinado tipo de relaciones sociales que se quiere conservar. Dicho de otro modo, el juego lingüístico es un conjunto de reglas que determinan el sentido de las proposiciones normativas a partir de reglas que se han objetivado como necesarias para garantizar la reproducción de determinadas relaciones sociales, para re-

[35] PAUL RICOER, "Ciencia e ideología", en *Ideas y valores, 42-45, Universidad Nacional, Bogotá, 1973-75, págs. 97 y ss.*

producir una forma de sociedad en cuanto tal. Entonces es cierto que detrás del derecho parece haber una lógica que determina la lógica del derecho mismo y cuya función es reproducir la sociedad que el derecho cohesiona; una lógica que es una gramática que articula el lenguaje con el que expresamos la realidad y la interpretamos; gramática que determina la comprensión del derecho mismo; gramática que funciona, que proporciona sentido a las proposiciones normativas y a la praxis jurídica, pero de la que nunca nos ocupamos conscientemente; gramática que nos permite pensar, pero en las que no pensamos; en fin, gramática que funciona a nuestras espaldas como una lógica operativa, relacional, no temática (la lógica temática sería, por contraposición a esta lógica, la de los análisis y la interpretación de la realidad que distingue entre reglas del vivir y del actuar necesarias para reproducir la sociedad en cuanto comunidad humana, de las reglas que sólo son funcionales a la denominación de una clase sobre otra). ¿Cuál es el papel y el lugar de esta lógica?

Esta lógica permite razonar, argumentar para poder llegar a ciertas decisiones, justificándolas al mismo tiempo. En cuanto justifica, su misión es asegurar la legitimidad de la autoridad sin la cual la cohesión social no sería posible y asegurar esa cohesión social no solamente por la fuerza sino también por el consenso. Actúa a nuestras espaldas permitiéndonos comprender la realidad, al asumir cierto tipo de reglas, aunque no seamos conscientes de ellas. Esta lógica constituye una interpretación simbólica de la realidad, de la sociedad, que nos permite vivir en tanto fija para nosotros, para nuestra tranquilidad, lo real y el espacio de lo real, lo posible y los límites de lo posible. Al agotar lo posible, nos fija alternativas, liberando la acción del vacío y la indeterminación, señalándole y justificándole esas alternativas. Lógica que interpreta la realidad mediante símbolos, regulando relaciones aun de manera inconsciente y garantizando la cohesión social. Esta lógica es harto conocida: la ideología[36]. ¿Cuál es el lugar de esta lógica y cómo puede funcionar garantizando una concreta dominación de clase? En tanto las reglas que orientan el razonamiento del jurista corresponden a reglas del vivir y del actuar, el lugar de esta lógica es el derecho, aunque ella lo desborda. Es el derecho el que interpreta la realidad. Mediante fórmulas lingüísticas define la realidad, fija problemas y posibilidades. Estas fórmulas aparecen en un orden que regula sus relaciones. El derecho es, entonces, un lenguaje con el que pensamos las relaciones sociales mediante problemas que ya tienen definido su margen posible de solución. Este lenguaje está a su vez reforzado por un metalenguaje: el de los juristas que aclaran oscuridades, llenan lagunas, resuelven incoherencias. Y lenguaje y metalenguaje jurídicos revelan su capacidad histórica para asegurar la dominación de una clase, la clase capitalista en el momento en que definen al individuo

[36] *FERNANDO ROJAS, "Estado capitalista y aparato estatal", en Estado y política en América Latina. (Primera edición), México, Siglo XXI Editores, pág. 145.*

como un sujeto de derecho, libre e igual ante la ley. De esta manera, definen y ponen las categorías sin las cuales no sería posible el proceso de producción capitalista y la reproducción de la sociedad que ha asumido esa forma de producción. "El Estado y el derecho capitalista constituyen una persona, crean un concepto de sujeto y ciudadano alrededor de los atributos de igualdad, la capacidad de discernir, la aptitud para poseer, la libertad de contratar o no contratar, etc."[37]. De esta manera, capitalista y obrero se pueden encontrar como dos poseedores de mercancías, que pueden establecer relaciones de intercambio equivalentes; así podrá el capitalista encontrar en el mercado una mercancía cuya peregrina cualidad es la de ser fuente de valor; por efecto del contrato libre, el capitalista podrá apropiarse de la fuerza de trabajo y extraer de ella una ganancia, un plusvalor y, por efecto de este mismo contrato libre, el obrero podrá convertirse en esclavo. Así, "la autonomía y la fetichización de la mercancía nublan [bajo apariencia de un contrato libre]... la desigualdad, la expropiación, la violencia y la sujeción que tiene lugar en la esfera de la producción"[38].

El derecho, ese lenguaje que fija y pone las categorías imprescindibles para el capitalismo, no es precisamente un lenguaje por interpretar. Es una interpretación de la realidad. Es el que interpreta al intérprete. No es el intérprete el que interpreta al derecho. Esto tiene un efecto importante: en tanto el jurista interprete la realidad a partir del derecho, en tanto para él los conflictos de interés expresen el conflicto entre dos o más personas que rigen sus relaciones por un acuerdo, nunca captará la dinámica real que bulle detrás del derecho (en la esfera de la producción) y a través de él (garantizando que obrero y capitalista se encuentren como dos poseedores de mercancías), nunca captará el objeto real de los conflictos de interés en la sociedad. Y mientras el jurista, para realizar su labor interpretativa, asuma inconscientemente la lógica que rige su interpretación, seguirá reproduciendo no solo una interpretación de la realidad sino esa realidad que está detrás de la interpretación. Y lo más grave de esta dinámica es que el jurista seguirá reproduciendo una sociedad desgarrada y dividida en clases, apelando al consenso de esta sociedad; seguirá resolviendo conflictos de interés sin resolver el conflicto; seguirá empeñado en orientar la praxis de los hombres para que esta rinda sus frutos, no a la sociedad en la que se desarrolla, sino a una clase que domina a espaldas de la misma sociedad; seguirá actualizando la violencia práctica generada por estructuras que permanecen a espaldas de los sujetos, seguirá contribuyendo a deformar el proceso comunicativo en el que deben ser resueltos los conflictos de interés, y seguirá impulsando una lógica de violencia que debería dirigirse finalmente contra la clase que la puso en marcha; con su actividad, la legitimidad de ciertas instituciones (las que permiten la sustracción de plusvalía) quedaría sustraida a la crítica pública, a

[37] *Ibidem, pág. 147.*

[38] *JURGEN HABERMAS*, Conocimiento e interés, pág. 62. Toda esta reflexión está presidida por el pensamiento de Habermas.

la capacidad de la sociedad de decidir sobre la validez de esas instituciones[39].

Nos preguntamos aquí: si las reglas que determinan la interpretación del jurista pertenecen al contexto de la ideología y mediante su inserción inconsciente determinan la tarea de aplicación del derecho, ¿será posible, a) formular un proyecto de praxis jurídica que reconstruya críticamente las pretensiones de constituir una ciencia del derecho, ligándolo al interés por alcanzar el control público de esas operaciones? Esta tarea supondría que se reconstruyera la lógica inconsciente con la que el intérprete valora los intereses, lo que significa: disolver críticamente la ideología con la que unos intereses se imponen a espaldas de la sociedad misma, sustrayéndose al control público; y b) ¿formular un proyecto teórico que haga posible la intención de establecer verdaderas mediaciones racionales en la resolución de los conflictos de interés, descorriendo el velo que ampara a las instituciones con las que una clase domina en la sociedad y ejerce una violencia práctica sobre ella? Mediante la crítica podría ser puesta en marcha una dinámica que, procediendo mediante los análisis sociales, confrontaría la legalidad existente como no necesaria en la autoproducción y reproducción de la sociedad, restándoles su legitimidad. Hecho esto, impulsaría la interpretación jurídica hacia la no aplicación de esta legalidad cuya validez formal no se compadece de su ilegitimidad social. En el siguiente capítulo, este será nuestro intento.

III. En el camino de la emancipación

1. ¿Qué es la ilustración?

Tal como aparece al final del anterior capítulo, la revisión de los intentos que trataron de formular lo jurídico en términos científicos, es una tarea que importa a la praxis; y la posibilidad de establecer mediaciones racionales en la solución de los conflictos de interés, es una tarea que importa a la teoría. Y es que para nosotros estos dos términos, teoría y praxis, no pueden ser desimplicados. Para nosotros el sentido de la teoría está dado por la producción de conocimientos cuya misión es liberar la praxis humana de las opresiones que provienen tanto de la naturaleza externa como de la interna. Esto significa que el papel de la teoría está determinado por su capacidad para orientar la praxis en el campo instrumental, en el que la humanidad supera las opresiones de la naturaleza mediante el trabajo, así como en el plano comunicativo, en el que las instituciones "detentadoras de la fuerza son sustituidas por una organización de la interacción social que solo está vinculada a una comunicación libre de dominación"[39 bis].

[39] *JURGEN HABERMAS, "Conocimiento e interés", pág. 72.*

[39 bis] Lo que implica para los sujetos la reducción de toda represión no necesaria o excedente impuesta por toda dominación.

Nosotros hemos insistido en que los modelos de ciencia del derecho deben ser medidos a partir de su conexión con un interés de naturaleza práctica: el interés por controlar públicamente las operaciones del jurista. De esta forma rechazamos la intención de reducir el sentido de la teoría a su capacidad para ordenar instrumentalmente la realidad. El haber distinguido entre contexto comunicativo y contexto instrumental, responde a la necesidad de fijar el espacio de la ciencia del derecho dentro del contexto comunicativo como única forma de escapar a la intención de reducir el derecho a mera técnica. Al decir que el interés por la teoría jurídica reside en su capacidad para establecer un control público sobre las valoraciones que realiza el jurista, somos plenamente conscientes de la distinción anotada: la teoría debe hacer explícitos, plenamente conscientes, los criterios que regulan las relaciones sociales. Esto importa para una teoría jurídica en tanto ella debe propender al control público de las valoraciones que realiza el jurista, valoraciones que, como ya anotamos, son las únicas que dotan de sentido a las operaciones del intérprete. Este control es importante en la medida en que tales juicios de valor, pueden ser introducidos de acuerdo con una lógica que funciona a espaldas de los sujetos a quienes importa la decisión a la que llegue el intérprete. Y a la teoría jurídica le ha de importar, como a la teoría social en general, que la legitimidad de las instituciones no se sustraiga a la crítica pública, que el proceso comunicativo esté libre de la violencia que ejercen instituciones que se sustraen a esa crítica. De una manera más clara, podemos decir que a la teoría jurídica le ha de importar que los criterios con que se resuelvan los conflictos de interés, sean racionales, que provengan de un consenso no deformado por la violencia. Es así como articulamos el interés práctico con el interés emancipatorio: el interés que proviene de asegurar la autoproducción y reproducción de la especie humana en los dos contextos en los que esta se desarrolla: trabajo e interacción.

Nuestros análisis apuntan al hecho de que estos intereses pueden ser captados con la fuerza de la reflexión. Desde el momento en que nos preguntamos por la función que cumple y que debe cumplir el derecho en la sociedad, se nos pone en claro que este debe concordar con la reproducción de la vida humana. Al resolver los conflictos de interés mediante el consenso de los sujetos, el derecho tiende a eliminar la dinámica de fuerza que de otra forma se impondría en esos conflictos, disolviendo y destruyendo a la sociedad. Si el derecho contribuye a reproducir la vida humana, debemos recordar que esta vida no se agota en su reproducción biológica, en una mera autoconservación. La reproducción de esa vida apunta a la vida buena, tal y como ha sido definida por las instituciones culturales que conservan esa vida, socializándola[40]. De esta manera podemos decir que a la teoría y a la praxis jurídicas les importa el tema de que esta reproducción de la vida humana se halle en peligro o deformada por estructuras que fijan desiguales oportunidades de acceso a aquella vida buena.

[40] *Ibidem, pág. 62.*

En la sección anterior recurrimos al análisis de la sociedad capitalista como forma de sociedad en la que la institución del contrato libre al imponerle la forma mercancía a la actividad productiva, le permite a una clase sobreapropiarse de la utilidad generada por el trabajo social, ocultándoles a los sujetos el objeto de su conflicto. Veíamos cómo la legitimidad de esta institución se sustraía a la comunicación y a la crítica públicas, en tanto que una lógica distinta de la del consenso, lógica que parece obrar en el contrato libre, se ponía en marcha en la esfera de la producción. Y vimos como esta institución pone en marcha el ejercicio de una violencia práctica que deforma el consenso. Vimos que esa lógica de la violencia es la que se pone en marcha en el momento de interpretar el derecho, que a través de la misión de asegurar la cohesión social es posible asegurar la dominación de una clase. Lo que nosotros creemos es que podemos acusar a la lógica de la dominación de clase, en cuanto desde la concreta experiencia de los conflictos de interés esa lógica revela su fracaso para reproducir la vida —no biológicamente: esa reproducción ya parece estar asegurada por el salario. Y sin embargo, ¡cuántos están excluidos de él!—, y la vida como vida buena. Esa lógica puede de manera terrible asegurar la cohesión social y no aquella reproducción de la vida. En esta medida conserva su validez y su vigencia. Por esta razón nos enfrentamos a esa lógica de la dominación haciéndola consciente como única forma de invalidarla.

Pretender invalidar la lógica de la dominación, esa lógica que siempre pone en marcha inconscientemente el jurista, supone correr el velo que poseen ciertas instituciones y que les permite sustraerse a la crítica pública. Las ciencias sociales tienen este cometido, pues "más allá de la constatación de simples leyes [ellas se esfuerzan en controlar] cuándo las proposiciones teóricas interpretan una legalidad invariante del obrar social en absoluto y cuando interpretan relaciones de dependencia que se han sedimentado ideológicamente, pero que pueden ser cambiadas"[41]. Al descubrir un tipo de relaciones que pueden ser cambiadas, la sociedad puede asumir su crítica o su legitimación. De esta manera, instituciones cuya legitimidad reposaba en el hecho de que se resistían a todos los intentos de crítica pública, pueden ser modificadas por la sociedad en tanto que la superación de la relación de dominación ejercida por ellas no pone en peligro la autoproducción y reproducción de la sociedad. Lo que queremos proponer aquí es que uno de los espacios donde esas relaciones de dominación pueden ser superadas, es el de la resolución de los conflictos de interés: en el momento de aplicar e interpretar las normas jurídicas.

Mediante el ejercicio de la reflexión hemos comprobado que en la teoría y la praxis jurídicas está siempre presente el tema de la función del derecho dentro de la sociedad, y que la respuesta no se puede agotar en la simple referencia a asegurar la cohesión social. El derecho contribuye a la reproducción de la vida

[41] PAUL RICOER, *ibidem, pág. 120.*

humana, reproducción que se halla mediatizada por las propias definiciones culturales de vida buena. ¿Qué ha de suceder en el momento de resolver un conflicto de interés, cuando las opciones del intérprete se agotan y hay que aplicar normas jurídicas que en tanto corresponden a una relación de dominación niegan la reproducción de la vida humana dentro de los términos de la vida buena, o simplemente la negan ante su oscuro interés? Nosotros creemos que la noción de interés emancipatorio nos proporciona el criterio fundamental con el que han de ser medidos los intereses: la reproducción de la vida humana como vida buena. De otra parte, pensamos que en el momento en que choca un interés que corresponde a una relación de opresión y dominación con el interés emancipatorio, sin dudar se deben disolver con la crítica las pretensiones de legimitdad del primero. Y pensamos que esta tarea crítica debe hacerse con el concurso de los análisis sociales en cuanto le proporcionan las mejores armas. No porque los análisis puedan esgrimirse como argumento de autoridad, sino porque proporcionan un convencimiento, una nueva interpretación de la realidad en la que se disuelve la legitimidad de aquellos intereses que corresponden a una relación de dominación.

Y esto, traducido en términos de la praxis jurídica, significa disolver ante la fuerza de los análisis sociales, ante la crítica ejercida públicamente, la eficacia de una lógica del razonamiento que mediante la introducción de juicios de valor que permanecían inconscientes, reproducía las relaciones de dominación antes que la vida humana. De esta forma, se apela al desgaste de esta lógica en su capacidad de interpretar la realidad. Ella es acusada en tanto no alcanza a proyectar una solución compatible con ella misma. Al haber interpretado las relaciones sociales de cierta forma, no alcanza a entrever cómo aumenta el margen de lo posible para estas relaciones. Invalidar esta lógica de juicios de valor significa —esto está implicado— invalidar las normas jurídicas con que es ejercido este razonamiento, las normas jurídicas con que es ejercido este razonamiento, las normas jurídicas que sirven de amparo a una relación de dominación y reproducen la violencia que esta implica. ¿Pero puede ser el recurso a los análisis sociales, el único argumento de la praxis jurídica en su empeño de quebrar la eficacia de la lógica de la dominación?

Frente a esta cuestión se nos muestra el carácter problemático de la relación Ciencia Ideología. Si bien pretendemos disolver la legitimidad de ciertas instituciones distanciándonos de la ideología mediante la crítica animada por la ciencia, es preciso subrayar nuestra pertenencia a aquella[42]. En efecto, si recurrimos

[42] *NICOS POULANTZAS, "La teoría marxista del derecho y del Estado y el problema de la alternativa", en* Hegemonía y dominación en el Estado moderno. *(Quinta edición), México, Siglo XXI Editores, 1982, págs. 21, 22 y 31. En la vida de esta recuperación de los valores de la burguesía dentro de una perspectiva marxista véase la obra de Ernst Bloch,* Derecho natural y dignidad humana. *(Primera edición), Madrid, Editorial Aguilar, 1980. En particular los capítulos 19 y 20.*

a la noción de interés emancipatorio como criterio fundamental para medir la racionalidad de la resolución de los conflictos de interés, subrayamos su conexión con las definiciones culturales de vida buena. Si pretendemos disolver la legitimidad de normas jurídicas que privilegian intereses que no coinciden con los de la especie y que por lo tanto no pueden ser generalizados en una situación de conflicto con miras a un consenso, estamos asumiendo las definiciones culturales dentro de las cuales entendemos es que se reproduce la especie humana. El entendimiento de lo que debe ser la sociedad aparece como una comprensión previa a la operación de comprensión de sentido de los textos normativos, comprensión previa en la que estamos situados y que nos anima a recurrir a los análisis sociales. Sin embargo, y aquí reside nuestro interés por la ideología, estas definiciones siempre las encontraremos bajo su ropaje ideológico, pues pertenecen al contexto de las motivaciones inconscientes con las que se asegura el consentimiento en una sociedad. Esto supone para nosotros que si bien estamos ante la necesidad de hacer estallar la eficacia de la lógica de la dominación mediante la crítica pública,, es preciso recuperar en el contexto de la sociedad burguesa los valores fundamentales con los cuales ella se afirma.

Al analizar el proceso de interpretación y aplicación del derecho en el capítulo dedicado a la hermenéutica, pusimos de presente la necesidad de motivar la resolución de los conflictos ubicándose dentro de las coordenadas valorativas de la sociedad. Atendiendo a este presupuesto, es preciso recuperar valores fundamentales de la sociedad burguesa acerca de los cuales hay un consenso fundado, para proporcionarle legitimidad a la decisión que se motiva desde la crítica. Esta recuperación pasa por la afirmación de los valores que constituyen el eje del orden jurídico burgués: libertad e igualdad. Estos valores que están fuera de discusión para todo demócrata pero que se hallan reducidos a una dimensión abstracta y formal dentro del derecho y el Estado y que tal como lo demostramos es por ello que se pone en marcha la lógica de la dominación, desde la perspectiva de su contenido y sentido concreto y material son el eje para criticar todas las situaciones en las que libertad e igualdad son de hecho negadas[43]. Asimismo, es preciso también recuperar el discurso de los derechos fundamentales. Este discurso elaborado por la burguesía para asentar sobre ellos la legitimidad de toda organización política (recuérdense los artículos 2° y 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano) y cuyo ámbito de aplicación estaba reducido a la órbita de los órdenes jurídicos nacionales, posee ahora una validez universal. En esta perspectiva son los Derechos Humanos una definición cultural acerca de la cual hay un acuerdo universal[44].

[43] *Véase a este respecto el libro de próxima aparición en Colombia* La Dialéctica de los Derechos Humanos: *La declaración Universal y su Contradictoria desarrollo en Colombia de Rodrigo Uprimy.*

[44] *JURGEN HABERMAS,* Perfiles filosófico políticos. *(Primera edición), Madrid, Taurus Ediciones, 1984, pág. 232.*

Tales derechos adquieren una vigencia práctica en tanto que el derrotero de la defensa de la dignidad humana se encuentra necesariamente con el interés por la emancipación.

Libertad e igualdad, junto a la noción de derechos fundamentales y expresamente junto a los Derechos Humanos, son las coordenadas dentro del orden jurídico a las cuales se puede recurrir para motivar decisiones jurídicas en situaciones de conflicto en las cuales estos valores son evidentemente negados. Pero reiteramos: esta motivación tiene eficacia en tanto hemos disuelto críticamente mediante los análisis sociales la legitimidad de instituciones que hacían nugatorios tales valores, pero que escapaban a la crítica pública. Esta tarea de ilustración se revierte en la posibilidad de restarle validez a las normas dentro de todo orden jurídico o de suspenderlas ante determinadas situaciones de conflicto. La vigencia de los Derechos Humanos a través de pactos internacionales y los mecanismos de control de constitucionalidad por vía de excepción, deben ser dinamizados por el intérprete para justificar una cierta resolución a los conflictos, justificación que se fundamenta en el interés emancipatorio. Sin embargo, advertimos, esta posibilidad solo está dada por la capacidad del intérprete para transgredir todo el conjunto de reglas y metarreglas que han desprovisto a tales valores en el contexto de la praxis de toda eficacia. Su capacidad argumentativa debe transgredir el juego lingüístico en el que se comprenden los sujetos implicados en la situación de conflicto. Aún más, su capacidad argumentativa debe transgredir las actuales condiciones en las que está fijado el diálogo comprensivo de los sujetos. Es decir, deberá en ciertos casos, transgredir la ritualidad procesal (la ritualidad lingüística) que se cierra ante la crítica y que impide un consenso fundado sobre un conocimiento más acertado de la realidad.

Al restarle su legitimidad a las normas jurídicas, con las cuales se ponía en movimiento la lógica de la dominación mediante la crítica, el jurista se verá en la necesidad de formular un criterio de decisión. Es por esto por lo que tanto hemos insistido en que la ciencia del derecho no se puede disolver en una sociología jurídica. Creemos que la condición de la posible ciencia del derecho es la de ser una hermenéutica, pero una hermenéutica crítica. Hermenéutica, porque su misión es resolver conflictos de interés mediante la búsqueda de criterios que solo adquieren sentido en el momento en que se les abre a los sujetos la consciencia de su pertenencia al proceso histórico-social en el que pueden comprenderse. Crítica, porque su misión es la de asegurar el consenso y no la extensión de una relación de violencia que rige a espalda de los propios sujetos; porque la única posibilidad de cumplir a cabalidad su cometido —resolver conflictos—, supone reconstruir las huellas de la opresión del diálogo en la historia, como condición para restaurar ese diálogo oprimido; porque al reconocer la dialéctica de ese proceso, podrá aportar al establecimiento de verdaderas mediaciones racionales: las que obran en un proceso comunicativo no deformado por la violencia.

Creemos que el sentido de esta ciencia y su eficacia en la praxis está dado en realidad por esta condición: por su capacidad de reconstruir el proceso histórico acudiendo a los análisis sociales y a la reflexión, poniendo fuera de aplicación las normas que obedecen al ejercicio de una violencia práctica que ha dejado sus huellas en la historia, restándoles su legitimidad; y, de esta manera, liberando a la sociedad de instituciones que se sustraían a la crítica pública, para sustentar esas instituciones en un consenso no coactivo. Los conflictos serían remitidos al contexto comunicativo, al espacio donde el acuerdo de los individuos suspende el uso de la fuerza porque ese acuerdo ya constituye una nueva forma de poder.

Ese desmontar la condición dogmática de las instituciones que ejercen violencia, no es una tarea pacífica. Es una lucha en la que se definen los espacios permeables dentro de la sociedad para la crítica. Estas reflexiones apuntan a encontrar en el derecho uno de esos espacios que permitan ganar la consciencia de los sujetos al suspender una gramática disociada por la violencia y al resolver los conflictos de interés dentro de patrones plenamente conscientes, y por ello abiertos a la crítica pública. Pero seguramente la permeabilidad se puede agotar pronto. Pero aun en ese momento, si no se ha ganado la consciencia de esos sujetos, la apelación a la violencia carecerá de legitimidad porque no cuenta con ellos. La tarea de la hermenéutica crítica no es luchar dialogando por restablecer el diálogo. Es mostrar la lógica de la violencia en las instituciones y tratar de invalidarla apelando a su concientización, a su confrontación con la crítica pública. Pero la tarea de modificar la sociedad le corresponde a la sociedad entera. Por eso protestamos contra los que se ponen en lugar de ella, contestanto con una violencia más atroz. De aquí que advirtamos hoy para nuestra América que

> "cuando el derecho no es manifiesto y el levantamiento no es una reacción de las masas, cuando la ilustración ha de preceder todavía a las consignas y lo insoportable espera todavía definición, cuando, por decirlo en una palabra, el concepto no ha penetrado en la realidad, entonces me parece que el empleo de la violencia permanece subjetivo y sucumbe a los criterios de la moralidad —aunque presuma de estar moviéndose en la dimensión de la eticidad—; la violencia solo puede ser querida legítimamente y solo puede ser emancipatoriamente efectiva en la medida en que viene obligada por el poder opresor de una situación que aparece como insoportable ante la conciencia general. Solo esa violencia es revolucionaria; los que ignoran eso no tienen derecho a llevar izada delante la imagen de Rosa Luxemburgo".
>
> JURGEN HABERMAS

V. Conclusiones

Al reconstruir críticamente la forma en que era concebido el derecho y consiguientemente la práctica de los juristas, se nos reveló la intención de articular un discurso que permitiera establecer un control público sobre las operaciones que realiza el jurista. En razón de ser la ciencia la que proporciona un modelo de saber que está asumido ese control, se recurrió a la formulación de lo jurídico en términos científicos para alcanzar este propósito.

El propósito que nos impulsó a desarrollar estas reflexiones fue el de superar las limitaciones que le había impuesto a la praxis, cierta autompresión de esa misma praxis que se preciaba de ser científica. Tal autocomprensión implicaba asumir toda una serie de presupuestos de los que, sin embargo, no se tenía plena consciencia y que en tanto permanecen inconscientes, se articulaban siempre con una lógica de dominación.

Consideramos dos modelos de ciencia: el modelo positivista, en su versión normativista, y el modelo de ciencia hermenéutica. Encontramos en el fondo de su constelación conceptual un sedimento ideológico, el que proviene de considerar abstactamente el proceso histórico. En cuanto este proceso no era conscientemente considerado, como en el caso del positivismo, tal consideración se hacía desde un concepto —el de espíritu—, se garantizaba, al interior de la misma ciencia, la reproducción no solo de una visión del mundo sino la reproducción de ese mundo —la reproducción de determinadas relaciones sociales— mediante la praxis de los juristas. De allí que fracasara el proyecto de efectuar un control público sobre las operaciones del jurista: un criterio de racionalidad formal que se hunde ante sus propias contradicciones teóricas y ante su degradación práctica; y una intención hermenéutica que, plenamente consciente de la necesidad de introducir juicios de valor como única alternativa para darles sentido a las operaciones del jurista, fracasa en su tarea de establecer una mediación racional de los conflictos de interés. Este fracaso está dado para nosotros por el hecho de que no mediatiza los juicios de valor que introduce. De esta manera los acepta acríticamente y no capta el hecho de que pueden ser productos de una lógica de la violencia: de la violencia que ejercen estructuras que permanecen a espaldas de los sujetos.

Nuestra reconstrucción crítica quiso poner de manifiesto la intención práctica que las animó, y midió su fracaso ante el hecho de que al no poder llevar a la conciencia la fuente de sus verdaderas determinaciones, justificaban una dominación cuyo fundamento es sustraerse a la crítica pública. De esta manera, pusimos en claro que el sentido de una teoría jurídica no está en su capacidad instrumental para ordenar una realidad, sino en que pudiera ordenar esa realidad mediante un consenso alcanzado libre de violencia. Al preguntar por la función y el sentido del derecho, acertamos en el hecho de que está dado para superar la fuerza como argumento en la resolución de los conflictos de interés. De esta manera creemos en el hecho de que la teoría jurídica debe disolver críticamente el fundamento de instituciones que reposan en una relación de fuerza, de violencia, y cuya legitimidad proviene de haberse sustraido a la crítica pública. Y creemos que esta tarea no importa solo a la teoría: le corresponde a la praxis, por cuanto es desde ella desde donde se formula aquella exigencia. Ante la praxis jurídica estalla una lógica que impide la reproducción de la vida humana en tanto vida buena. La necesidad de asegurar esa reproducción es la que confiere legitimidad al derecho. Así, desde la práctica

articulamos para la teoría, y para la praxis misma, un interés fundamental: el interés emancipatorio, el interés por superar las instituciones que impiden la reproducción de la vida humana en tanto garantizan una dominación. Creemos que aquí juega un papel capital la teoría jurídica en la medida en que ella misma se abre a los análisis sociales con los que, en la praxis, podrá ser suspendida o invalidada la normatividad que asegure la dominación. Esta tarea de deslegitimación de la normatividad puede cumplirse apelando a ella misma, apelando al desgaste de una interpretación del mundo que ya no es capaz de resolver los problemas que pretendía haber resuelto.

Así, pensamos, puede haber un jurista comprometido con la libertad y la democracia: su tarea apunta, al deslegitimar la normatividad existente, a abrir el espacio comunicativo, deformado por la lógica que ponía en marcha esa normatividad. La sociedad recobra su capacidad para autodeterminarse, no desde la falsa imagen de la ideología, sino desde el límite mismo de esta imagen: desde las posibilidades que entraña una sociedad auténticamente humana.

Por tí, Inés Margarita,
pues solo por tí puede tener sentido
esta lucha en la que he empezado por
meterme en este quebradero de cabezas.

Juan Gabriel Gómez Albirello